

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**PROBLEMA JURÍDICO DEL TIPO PENAL ACOSO SEXUAL  
DERIVADO DE SUS ELEMENTOS NORMATIVOS**

**María del Carmen Rosero Velasteguí**

**Director: Dr. Xavier Andrade**

Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del título  
de Abogada de las Cortes y Tribunales de la República del Ecuador

Quito

Diciembre 2012

# UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

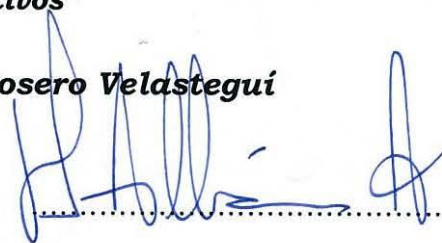
Colegio de Jurisprudencia

## HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS


***"Problema Jurídico del tipo penal acoso sexual derivado de sus elementos normativos"***

***Ma. Del Carmen Rosero Velastegui***

Dr. Juan Pablo Albán  
Presidente del Tribunal e Informante



Dr. Xavier Andrade  
Director de Tesis



Dr. Ernesto Albán Ricaurte  
Delegado del Decano e Informante



Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 28 de Noviembre de 2012

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right, positioned above a dashed line.

Nombre: María del Carmen Rosero Velasteguí

C. I.: 1719695064

Fecha: 11/28/2012

*Dedico este trabajo a mi hermano Luis Fernando, ya que con su lucha constante, su perseverancia, su fortaleza, me enseña cada día que el querer es poder y que el único límite de una persona es uno mismo. A mis padres María del Carmen y Luis Fernando que con su amor, su dedicación, su trabajo, permitieron que culmine esta etapa de mi vida. A Omar, que con su apoyo incondicional, su ayuda, su amor y su alegría ha contribuido en la culminación de mi objetivo.*

*Agradezco a Dios por permitirme vivir esta etapa de mi vida con los seres que más amo; de manera especial a mi madre, quién siempre creyó en mí y dio todo por mí; a mi director el Dr. Xavier Andrade, que con su experiencia y profesionalismo supo encaminar esta obra hasta su cristalización.*

## RESUMEN

El tipo penal de acoso sexual es una forma de discriminación no aceptada por la ley, que como delito busca un determinado acercamiento sexual inaceptable, petición de favores sexuales y otro tipo de conducta de naturaleza sexual.

Se entiende por acoso toda conducta verbal, no verbal o física, de naturaleza sexual, indeseada por la persona a la que se dirige, y cuya aceptación o rechazo es utilizada como instrumento de decisión con efectos de acceso al empleo o para condicionar en el trabajo a la persona acosada, creando un ambiente intimidatorio o humillante para aquella.

En este trabajo, se analiza en primer lugar los diversos antecedentes histórico - social y jurídicos que originaron el apareamiento de este tipo; luego se establece que existen dos tipos de elementos configuradores del mismo que son: los elementos objetivos y subjetivos.

En este delito, al igual que en otros, existen grados de participación; por consiguiente, en este trabajo se analiza también lo referente a la consumación y tentativa de este tipo penal, que sin duda se constituye en un delito de peligro, no de resultado. Finalmente, se brinda un análisis jurisprudencial tanto nivel nacional e internacional que permite mejor comprensión de la naturaleza del delito en su proceso histórico y jurídico.

## ABSTRACT

This crime sexual harassment is a discrimination form does not accept to law, search of a unacceptable sexual contact, sexual favor request and other type of sexual naturalist to express in verbal or physical form.

Sexual Harassment is all conduct: verbal, no verbal, or physical, of sexual type, unaccepted for the person victim of this behavior and this acceptance o repulse is ued as base for a decision to has effects about the access to job or conditions in the work of the victim, for to creates to intimation environment or humiliate for this.

In this work to analyze in first position the diverse historic precedents, social and legal precedents to originate the birth of crime; after to develop two types of configurators elements: objectives and subjective.

In this crime, the same what in others have criminal development grades, for this reason in this work to analyzes to consummation and tentative of this punishable type, for this reason is a danger crime, no to result. Finally, gibe a jurisprudential analysis so many national and international can to understand of the best manner the historical and legal process of this crime.

# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

## **Capítulo I Antecedentes Generales**

1.1. Antecedentes históricos.....	4
1.2. Antecedentes sociales.....	11
1.3. Antecedentes jurídicos.....	14

## **Capítulo II El Acoso Sexual en la Legislación Ecuatoriana**

2.1. Elementos estructurales del tipo penal.....	21
2.1.1 Solicitud de favores de naturaleza sexual.....	23
2.1.2 Situación de superioridad.....	26
2.1.3 Ataque a las legítimas expectativas causando un mal a la víctima o a su familia.....	29
2.2. Elementos subjetivos del tipo penal	
2.2.1. El dolo.....	32
2.2.2 La voluntad.....	34
2.2.3 El Conocimiento.....	36

## **Capítulo III Participación en el Delito de Acoso Sexual**

3.1. El delito del acoso sexual.....	39
3.1.1 Autor Material o Directo.....	39
3.1.2 Autor Intelectual o Mediato.....	42
3.1.3 Cómplices.....	41



3.1.4 Encubridores.....	48
-------------------------	----

#### **Capítulo IV Consumación y Tentativa del Delito de Acoso Sexual. Delito de Resultado o de Peligro**

4.1. Consumación del delito.....	55
4.2. Delito de resultado o de peligro.....	57
4.3. Tentativa del delito.....	60

#### **Capítulo V Jurisprudencia Nacional e Internacional**

5.1. Jurisprudencia Nacional.....	63
5.2. Jurisprudencia Internacional.....	67

Conclusiones.....	74
Recomendaciones.....	78
Bibliografía.....	80

## INTRODUCCIÓN

El Código Penal tipifica como acoso sexual a todo comportamiento no deseado que persigue favores de naturaleza sexual para sí mismo o para terceros, a partir de una determinada situación de superioridad. El delito de acoso sexual se caracteriza por ser un acto que vulnera el bien jurídico protegido - libertad sexual del sujeto pasivo - (persona que recibe la propuesta de naturaleza sexual), dicha petición puede abarcar diferentes conductas de índole sexual que pueden ir desde el uso del poder mediante el ofrecimiento de recompensas, prebendas, la negación de derechos adquiridos, hasta la coerción física, ya que el alcance de la norma es tan amplio que no define con exactitud qué comportamientos deben ser penalizados.

El tipo como está tipificado en el Código Penal se conforma de la siguiente manera; a) se trata de un comportamiento o connotación sexual; b) no es deseado y, por el contrario, es rechazado por la persona a quien se dirige; c) la situación de superioridad del sujeto activo tiene incidencia negativa para el sujeto pasivo; e) los comportamientos del sujeto activo vulneran al bien jurídico protegido, libertad sexual.

A pesar de esto, es imperativo recordar que el derecho penal no sólo se reduce al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad, entonces es esencial preguntarnos ¿Cuáles son los argumentos jurídicos que justifiquen la reforma del artículo innumerado que trata acerca del acoso sexual?.

La configuración del delito tal como está tipificada en el Código Penal se presenta tan sólo a partir de la relación de subordinación, obediencia o de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo, o cuando el sujeto activo ostenta un poder sobre él, demostrando superioridad; sin embargo en la realidad ocurre con cualquier persona que reiteradamente realice una conducta sexual independientemente de que exista o no un vínculo entre ambos, sin embargo no responsable de esa ilicitud según el tipo penal. En un principio tal como se

encuentra normado el delito permite que el sujeto activo prevalido de su situación de superioridad se sienta fortalecido y aventajado sobre el sujeto pasivo.

El primer capítulo denominado antecedentes generales, explica la evolución del tipo penal del acoso sexual a partir de los ámbitos histórico - social y jurídicos: en sus orígenes el acoso sexual se suscita a partir de los años setenta , cuando en Estado Unidos, un grupo de mujeres buscaba igualdad de oportunidades laborales con relación a los hombres. Uno de los antecedentes sociales constituye el proceso de reivindicación social que vivieron las mujeres a fin de poder mejorar su entorno de trabajo; en los ochenta en cambio el acoso sexual comienza a tener un tratamiento punitivo, a partir de las primeras decisiones judiciales correspondientes a los tribunales estadounidenses.

Se analizan también instrumentos jurídicos de protección a las personas como: la Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos- Sociales –Culturales y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ente otros. Por ello surge la necesidad de protección de la libertad sexual de los trabajadores en su medio laboral. Mientras tanto, se examina una perspectiva evolutiva del acoso sexual en el Código Penal a partir de su primera publicación en el Registro Oficial N° 365 del Martes 21 de julio de 1998, hasta su última reforma del Jueves 23 de junio del 2005 en el Registro Oficial No. 45 cuando se publica la Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad.

El segundo capítulo se refiere al acoso sexual en la legislación ecuatoriana, que analiza pormenorizadamente los elementos estructurales del presente tipo penal, mismos que son solicitud de favores de naturaleza sexual, situación de superioridad y como causante de un mal relacionado con las legítimas expectativas en el **nexo** de dicha relación. También se considera los elementos subjetivos del tipo penal como son: el dolo, la voluntad y el conocimiento. Los problemas encontrados en este tipo y estudiados en este capítulo se refieren a la indeterminación del verbo nuclear y a la redacción ambigua de las conductas que constituyen favores de naturaleza sexual.

En el tercer capítulo se examina la participación en el delito de acoso sexual con revisión de los grados de participación, autor material o directo, autor intelectual o mediato, coautoría, complicidad y encubrimiento. El problema esencial tratado en este capítulo enfoca la incorrecta aplicación de un sujeto activo calificado para este delito.

En el cuarto capítulo se analiza si este tipo penal es un delito de resultado o sencillamente de mera actividad, y por consiguiente si cabe o no la tentativa. También contempla el tratamiento doctrinario que se le da al delito de acoso sexual.

El capítulo final se refiere a la Jurisprudencia Nacional e Internacional, que demuestra que aún no existe un repertorio jurisprudencial nacional en cuanto a este tipo penal, no obstante se analiza la Resolución No. 20-2005 del Registro Oficial 26 de Julio de 2006, sentencia dictada por el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, misma que fue ratificada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (hoy, Corte Nacional de Justicia).

En cuanto a la Jurisprudencia Internacional, se analiza una resolución española que constituye precedente jurisprudencial, una colombiana signada como Casación No. 26157.

Para el análisis jurisprudencial, tanto nacional como extranjero, se procedió a realizar una sinopsis del caso, análisis de los hechos, y por supuesto de la resolución en sí misma.

No cabe duda que el análisis realizado en cada uno de los capítulos de esta Tesina permite comprender el problema jurídico que aqueja a este tipo penal, su aplicación y su repercusión.

# **CAPÍTULO I**

## **ANTECEDENTES GENERALES**

La historia enseña que el acoso sexual ha sido normado en cada Estado, dependiendo del contexto político, social, cultural, ideológico, religioso, sexual, en fin, a través de los diversos códigos, leyes, reflejándose en las sentencias de los tribunales según su competencia.

Actualmente el acoso sexual es considerado un delito, pero vale recalcar que se inició como un fenómeno social, denunciado por distintas instituciones, protestado por muchas mujeres, que se vieron afectadas por éste comportamiento. Dichas denuncias han sido constatadas en varias investigaciones que han evidenciado la existencia, extensión y gravedad de este fenómeno en el ámbito laboral, docente, religioso, etc.

El acoso sexual constituye una forma de comportamiento intolerable que atenta contra los derechos fundamentales de la persona, tipificado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Es esencial tener presente que al acoso sexual se lo considera como una conducta de una persona investida de autoridad que solicita favores de tipo sexual, ocasionando a la víctima o a su familia un mal con las legítimas expectativas que puede darse en la esfera de dicha relación.

Algunos autores, como STOLBIZER<sup>1</sup>, al desarrollar su concepto de acoso sexual, manifiesta que es una conducta lesiva e injusta, de quien aprovechándose de su poder, propone a otro una conducta sexual no deseada por la persona y que puede afectar los términos y las condiciones de su empleo en una empresa.

### **1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

---

<sup>1</sup> Cfr. M. STOLBIZER, *El abuso sexual en la nueva Legislación Penal Argentina*, Buenos Aires, 2011, p. 5.

A nivel mundial, los orígenes del acoso sexual se suscitan a partir de la década de los setenta en Estados Unidos bajo la presión social ejercida por un determinado grupo de feministas. Es así que los momentos históricos más relevantes de éste fenómeno social se mencionan a continuación:

SUE WISE y LIZ STANLEY establecen que el primer referente histórico trata de que:

La mayoría de las fuentes concuerdan en que el fenómeno acoso sexual “fue bautizado” alrededor de 1974 por un grupo de mujeres interesadas en analizar sus experiencias con hombres en el trabajo. Estas mujeres buscaron una expresión que comprendiera estas conductas masculinas y “acoso sexual” les pareció que simbolizaba, según su visión, el problema relativo a las experiencias que estaban tratando.<sup>2</sup>

El delito de “acoso sexual” surgió como un problema social, en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, países históricamente vinculados frente a este tema. Su origen se dio por una serie de acontecimientos en los que participaban feministas norteamericanas que estaban interesadas en analizar sus experiencias con hombres en el trabajo.

Como segundo aspecto, se puede apreciar que el acoso sexual toma un carácter de reivindicación social, frente a esto SUE WISE Y LIZ STANLEY, expresan que:

El término fue ampliamente usado desde 1975 en adelante por las mujeres que se enfrentaban a sus empleadores, por el hecho de que no les pagaban beneficios por despido, debido a que los empleadores alegaban que ellas habían renunciado “voluntariamente” a su trabajo cuando fueron objeto de acoso sexual.<sup>3</sup>

En 1978, como tercer ámbito del desarrollo histórico se produce la publicación de “Sexual Shakedown” a cargo de Lyn Farley, a la que le sigue la de Mackinnon, obra denominada "Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination" en (1979), libros en los cuales se describe un proceso en el que el acoso sexual funciona como medio para mantener la segregación laboral de manera que los trabajadores prestigiosos y bien remunerados, ya sea que realicen trabajos manuales o profesionales, sigan definiéndose como trabajos de hombres. <sup>4</sup> (énfasis añadido)

---

<sup>2</sup> S. WISE, Y L. STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p.58.

<sup>3</sup> IBÍDEM.

<sup>4</sup> S. WISE, Y L. STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p.58.

Frente a esto PATRICIA BEDOYA MIRANDA Y BLANCA ELBA GARCÍA<sup>5</sup> sustentan que el acoso sexual es una figura cuyo tratamiento se origina gracias a las denuncias realizadas por parte de los movimientos de mujeres y de trabajadoras sindicalizadas. Además, es necesario visualizar que este es un fenómeno de vieja data, que en primera instancia tuvo implicaciones sociales por tratarse de reclamaciones de índole laboral, luego con el pasar del tiempo esta actividad se ha transformado en una verdadera reclamación jurídica que hoy conocemos con el nombre de tipo penal de acoso sexual.

Esta década se caracteriza por permitir que muchas mujeres en su condición de trabajadoras se expresen y ejerzan sus derechos, sus reclamaciones, las cuales al llegar a los tribunales de justicia, son resueltas en base a las normas de igualdad.

En los ochenta, el acoso sexual, empieza a tener ya el tratamiento de delito, a lo que ROBERT HUSBANDS<sup>6</sup> comenta que muy probablemente las primeras decisiones judiciales correspondieron a los tribunales estadounidenses. En ésta década, las legislaciones comienzan a introducir disposiciones específicas, la doctrina empieza a ocuparse del tema, ya sea al tratar el derecho a la intimidad y a la no discriminación, o visto como un tópico dotado de un perfil propio. Esta ha sido la evolución producida especialmente en los países industrializados.

A partir de los ochenta, se produce un cuarto hecho histórico de gran relevancia que luego tendría grandes implicaciones jurídicas, conforme lo precisado por SUE WISE Y LIZ STANLEY, cuando un sindicato británico denominado “Asociación Nacional de Funcionarios de Gobiernos Locales” (NALGO), el cual trató al acoso sexual desde aquel momento hasta hoy como un tema relevante, que merece la intervención del sindicato. Esto fue publicado en enero de 1981, sin embargo no obtuvieron respuesta alguna de la sociedad hasta el 31 de marzo del mismo año en el que empezaron aparecer informes de la encuesta realizada por NALGO en Londres referente al acoso sexual.<sup>7</sup> Evidentemente, esto sin duda ya

---

<sup>5</sup> Cfr. P.BEDOYA Y B. GARCÍA, *Consideraciones conceptuales en torno al hostigamiento sexual*, Estudios de Género y Feminismo I, Fontamara, México, 1989, p.106.

<sup>6</sup> Cfr. R. HUSBANDS, *Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual*, RIT, 1993, vol.112, No. 1, p. 11.

<sup>7</sup> S. WISE Y L.STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 62.

constituye un referente histórico plenamente válido hacia la determinación de regular al acoso sexual en las diferentes legislaciones, sin embargo hay que especificar que en aquel momento se hizo alusión del acoso a un tema eminentemente laboral.

Se debe tener presente que en el año de 1981 el fenómeno social “acoso sexual” atravesó diferentes etapas de evolución como su reconocimiento, la consecución de las pruebas que permitan demostrar a que se enfrentaban las mujeres, y la obtención de la publicidad de este fenómeno. La etapa que más cobertura le dio al tema de acoso sexual fue la de publicidad, a través de los medios de prensa, los informes escritos acerca de la experiencia de las mujeres con el acoso sexual.<sup>8</sup>

Todo lo que estaba sucediendo en estos países influiría indirectamente en el mundo entero, sobre todo en las mujeres que de una u otra forma han sido víctimas de acoso; por esta razón la “*Comisión Nacional para la Igualdad de Oportunidades de la NALGO*” creó un plan de seis disposiciones para enfrentar el acoso sexual en los lugares de trabajo.<sup>9</sup>

Es en esta década, conforme manifiesta el profesor RODRÍGUEZ SALACH, la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo en Estados Unidos estructuran la definición de “*acoso sexual*” de la siguiente manera:

A. Propositiones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales constituyen acoso sexual cuando:

- 1.- El sometimiento a tal conducta se hace, explícitamente o implícitamente, a condición de empleo.
- 2.- La aceptación o rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en sí, o
- 3.- Dicha conducta tiene el objetivo o el efecto de influir injustificadamente con el rendimiento laboral de la persona o crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio.

B.- En orden a determinar si una conducta constituye acoso sexual, la Comisión considera el caso en su conjunto y a las circunstancias en su globalidad, tales como la naturaleza de las proposiciones sexuales y el contenido en el cual los incidentes alegados han ocurrido. La determinación de la legalidad de una acción particular será determinada a partir de los hechos en cada caso concreto.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> S. WISE Y L. STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 62.

<sup>9</sup> IBÍDEM.

<sup>10</sup> A. RODRÍGUEZ SALACH, *Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido*, Alcotán, Buenos Aires 1993, p. 81.



Frente a todo lo acontecido, lo que llamó mucho la atención fue el actuar de la prensa británica a fines de la primavera y principios del verano de 1982, en el que los medios no le dieron al “acoso sexual” una publicidad comprometedora, provocando la disminución de la cobertura dada como ocurrió en los Estados Unidos. Esta actuación fue apoyada por los sindicatos británicos dirigidos por hombres, ya que las medidas que se estaban adoptando en EEUU no les convenían aplicar en Gran Bretaña.<sup>11</sup>

Se constituye como quinto escenario los escritos del grupo feminista que argumentaban que los sindicatos fueron creados para velar por los intereses, derechos de los hombres trabajadores y sobre todo para oponerlos en contra de las mujeres que incursionaban en ámbito laboral, por consiguiente ninguna medida sindicalista iba ayudar o peor resolver este problema, porque según las feministas los sindicatos obstaculizaban que las mujeres a través de herramientas laborales institucionales o medios legales se defiendan y lo combatan.

Dentro de este escenario, es fundamental mencionar la preocupación por parte de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) en 1985, referente a la igualdad de oportunidades entre las personas de ambos sexos; es así que se emitieron dos Resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo; la primera es la Resolución de 1985 sobre Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Tratamiento para el Hombre y la segunda referente a la Mujer en el Empleo. En esta última resolución iban anexas unas conclusiones que indicaban la necesidad de adoptar medidas para combatir y prevenir el acoso sexual dentro de las políticas para el progreso de la igualdad.<sup>12</sup>

En la resolución antes mencionada se expresa que el acoso sexual en el lugar de trabajo va en detrimento de los trabajadores y de las condiciones de trabajo, del empleo y de la promoción de las víctimas. Las normas para el desarrollo de la igualdad deben, por lo tanto, incluir medidas para combatir y prevenir el acoso sexual.

---

<sup>11</sup> Cfr. S.WISE Y L. STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 31.

<sup>12</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Boletín Oficial, Ginebra, Volumen LXVIII, Series A, n° 2, 1985, p. 85. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>, última visita el 14 de Abril 2011.

SUE WISE Y LIZ STANLEY<sup>13</sup> manifiestan que indiscutiblemente las publicaciones, actividades, acciones tomadas por la *National and Local Government Officers Association (NALGO)*, el *National Council for Civil Liberties (NCCL)* y la *Equal Employment Opportunity Commission (EPOC)*, fueron medidas de apoyo a las mujeres contra los hombres que las acosaban y no sólo depender de los sindicatos, para ser defendidas de acoso, ya que con los antecedentes mencionados se ve que existían otras posibilidades para que la mujer enfrente este problema con el fin de mejorar su vida tanto dentro y fuera del trabajo.(énfasis añadido)

Un sexto evento histórico llevado a cabo en 1986 fue el reconocimiento de diferentes clases de acoso sexual por parte de la legislación anglosajona; cuando la CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS resolvió la causa *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, en este caso se analizó la existencia de dos clases de acoso sexual en el trabajo, de lo cual se dedujo que:

El primero es el **“acoso quid pro quo”** que trata sobre el *“chantaje sexual o acoso por compensación, esto por aquello, en el que el superior jerárquico exige favores sexuales a un subordinado a cambio de que éste mantenga u obtenga alguna ventaja laboral”* (Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica); y otro tipo de acoso sexual analizado en esta sentencia es el **“acoso ambiental o entorno de trabajo hostil”**, se refiere a *“ insinuaciones sexuales no deseadas u otra conducta verbal o física de índole sexual que tenga por finalidad o efecto interferir de forma ilógica en el trabajo de una persona o crear un ambiente laboral intimidatorio, hostil, abusivo, ofensivo”* (Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica).<sup>14</sup> (énfasis añadido)

La evolución histórica según TERESA FURRIOL<sup>15</sup> demuestra que el acoso sexual ha ido avanzando paulatinamente, es así que en 1992 se estableció la lucha contra el acoso sexual a nivel mundial, la cual por recomendación general fue adoptada en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Desde ese entonces, existen aproximadamente 36 países con una legislación específica para tratar el tema del acoso sexual en sus diferentes etapas.

---

<sup>13</sup> Cfr. S. WISE Y L. STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 31.

<sup>14</sup> D. QUILMES PUMAREJ, *La responsabilidad legal del patrono por los actos de hostigamiento sexual de sus supervisores: recomendaciones basadas en el desarrollo doctrinal*, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Revista de Derecho Puertorriqueño, Volumen 42, Número 2, 2003, p.2. Disponible en: <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/vol42/La%20responsabilidad%20legal%20de%20patrono.htm>, última visita: 11 de Febrero 2011.

<sup>15</sup> T.FURRIOL Y R. ANDERSON, (Responsables), *Delitos sexuales*, Portal de abogados, Buenos Aires, 2011, p. 9. Disponible en: [www.portaldeabogados.com.ar](http://www.portaldeabogados.com.ar), última visita el 17 de Abril 2011

La Conferencia Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), publicó en 1986 una Guía Sindical sobre hostigamiento sexual en los lugares de trabajo, donde se definen las conductas de acoso sexual y donde se contiene la siguiente Cláusula Modelo:

El sindicato y el empleador reconocen el problema del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo y están decididos a ponerle un fin. El hostigamiento sexual será definido como un contacto físico innecesario, rozamientos o palmaditas; observaciones sugerentes y desagradables, chistes, comentarios sobre la apariencia o aspecto y abusos verbales deliberados; invitaciones impúdicas o comprometedoras; uso de imágenes pornográficas en los lugares de trabajo; demandas de favores sexuales y agresión física.

Las quejas bajo esta cláusula serán tratadas con un máximo de celeridad y confidencialmente.

Al solucionar la queja, se adoptará una acción disciplinaria contra los empleados y supervisores que emprendieron una actividad cualquiera prohibida bajo esta cláusula. Se realizarán esfuerzos para cambiar de sitio al sujeto activo no a la víctima.<sup>16</sup>

Como séptimo y definitivo suceso para la consolidación definitiva de este tipo penal, se promueve en la década de los noventa “**La Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**” celebrada en Pekín en septiembre de 1995; mediante la cual se solicita a los gobiernos, los empleadores, los sindicatos, las organizaciones populares, juveniles y las organizaciones no gubernamentales que procuren erradicar el hostigamiento sexual.<sup>17</sup> (énfasis añadido)

El artículo 283 del instrumento internacional antes citado, expresamente manifiesta las medidas que deben adoptar los gobiernos, según proceda, y las organizaciones internacionales y no gubernamentales:

a) Adoptar medidas eficaces para promulgar y aplicar la legislación a fin de garantizar la seguridad de las muchachas frente a toda forma de violencia en el trabajo, incluidos los programas de capacitación y los programas de apoyo; y adoptar medidas para erradicar el acoso sexual de las muchachas en las instituciones de educación y de otra índole; b) Adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas oportunas para defender a las niñas, tanto en la familia como en la sociedad, contra toda forma de violencia física o mental, lesiones o abusos, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> J.GODIO Y A WACHENDORFE, *Las internacionales sindicales* Nueva Sociedad Nro. 83, Buenos Aires, Mayo-Junio 2006, pp. 81-88.

<sup>17</sup> G. LÓPEZ GARCÍA et al., *Género y derechos humanos*, Revista Aportes Andinos, Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador), Quito, Diciembre 2004, p.4.

<sup>18</sup> PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS, Documentos Internacionales y Andinos sobre Género y Derechos Humanos, *Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Universidad Andina Simón Bolívar, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, p.3.

En virtud de esto es esencial decir que la Conferencia Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), La Conferencia Mundial sobre la Mujer son quienes ponen al descubierto prácticas como la intimidación, el hostigamiento sistemático y desde luego el acoso sexual. Estos eventos podrían considerarse una antesala a una regulación estricta del tema.

Una señal de que el acoso sexual también se evidenciaba en Latinoamérica, surgió en Argentina con la circulación de la obra del profesor RODRÍGUEZ SALACH denominada «Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido en el año de 1993», siendo este el primer libro publicado sobre acoso sexual; obra que define a esta figura “*como el perseguir o importunar a un trabajador con fundamento en razones sexuales, persecución que tiene como fundamento el trabajo en relación de dependencia -con motivo o en ocasión del trabajo- bajo la dirección del empleador o personal jerárquico*”<sup>19</sup>, situación que denota una discriminación en la comunidad laboral para el trabajador, que acepta el asedio o avance sexual, y que produce o puede producir a su respecto un cambio en las condiciones de trabajo, la cesantía o cualquier forma de menoscabo en su condición de ser humano y trabajador, afectando a su vez una restricción a la libertad de elegir.

Claramente el origen histórico de este fenómeno sacudió al mundo entero debido a que fue novedosa e impactante la noticia de que la mujer dejó de hacer las cosas domésticas en casa por ir a trabajar, considerándola de esta forma un ente participe en la vida laboral, pero lamentablemente sufriendo acosos constantes por parte de jefes o superiores que abusan de su autoridad o poder.

## **1.2. ANTECEDENTES SOCIALES**

En un inicio el acoso sexual, representó un proceso de lucha que tuvieron que realizarlo las mujeres con el único propósito de mejorar su entorno laboral y en éste poder demostrar su capacidad plena.

Es verdad que el acoso sexual nació como un fenómeno social, por esto:

---

<sup>19</sup> L. RODRÍGUEZ SALACH, *Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido*, Alcotán, Buenos Aires 1993, p. 81.

Históricamente el “patriarcado” se fortaleció por el aislamiento de la mujer en la realización de las cosas domésticas, por consiguiente el control del hombre sobre la mujer siempre estaba dentro de los parámetros de casa, sin embargo el capitalismo marcó este fenómeno radicalmente, ya que requería que la mujer salga de casa y trabaje fuera de él, por ésta razón se considera que el hostigamiento sexual es el primordial medio de control sobre las mujeres en el trabajo, porque ya no están en casa y no pueden oprimir a las mujeres en cada hogar.<sup>20</sup>

Un claro ejemplo de que el acoso sexual es un medio utilizado como una “segregación laboral” se lo evidencia en el libro “Sexual Shakedown (1978)”, en el que Lyn Farley describe “...como los trabajos de renombre, muy bien remunerados, se definen como trabajos sólo de hombres, pero que las mujeres que acceden a dichos puestos son acosadas con el fin de que huyan del trabajo o mantenerlas al margen de que lideren dicha gestión”.<sup>21</sup>

De la mano de todos los informes emitidos por las diferentes organizaciones que lucharon en contra del acoso sexual, los escritos y herramientas empleadas para la defensa de las mujeres en rechazo de conductas que atentan contra su libertad sexual, evidentemente ellas pedían algo más fuerte que sancione radicalmente esta actuación.

El acoso sexual inicialmente fue percibido como un fenómeno de marginación laboral para con las mujeres, es así que el desarrollo económico producido por los hombres llegó a ejercer tal coerción social, lo cual permitió que se estipule como tipo penal.

SUE WISE y LIZ STANLEY corroboran lo mencionado al señalar que “las mujeres norteamericanas al no tener una ley, norma específica que hable sobre el “delito de acoso sexual, comenzaron a emplear la legislación concerniente a la “legislación de discriminación y la igualdad de derechos en el juzgado, en los tribunales de liquidación de seguros y en otros sitios”.<sup>22</sup>

El Profesor RODRÍGUEZ SALACH <sup>23</sup> afirma que con la lucha constante del grupo feminista, la definición práctica del acoso sexual cambió totalmente, denominándose como la imposición indeseada de requerimientos sexuales en el

---

<sup>20</sup> S.WISE Y L.STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 58.

<sup>21</sup> L. FARLEY, *Sexual Shakedown: The Sexual Harassment of Women on the Job*, Nueva York, Mc Graw Hill, 1978, traducción de Ernesto Pérez, p.7.

<sup>22</sup> S.WISE Y L.STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p.62.

<sup>23</sup> L. RODRÍGUEZ SALACH, *Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido*, Alcotán, Buenos Aires 1993, p.84.

contexto de una relación de poder desigual, en la que el poder procedente de una esfera se utiliza para transferir beneficios o imponer privaciones a otra.

Esta acepción de acoso sexual denota el avance que se hizo en este tema en aquella época y más aún se encontraban a la expectativa de lo que la ley de los Estados Unidos prometía frente a este problema social que tarde o temprano debía regularse en el ordenamiento jurídico.

En Estados Unidos estaban a la espera de lo que la ley iba a prometer sobre la regulación del acoso sexual; muchos grupos vertieron sus criterios de lo que se debía regular y en que parte se debía establecer su normativa, sin embargo un análisis realizado por una fiscal norteamericana llamada Catherine MacKinnon dijo que *“no considera que la ley relativa al empleo y la discriminación sexual sea la solución al acoso sexual en lugar de trabajo”*.<sup>24</sup>

El criterio de algunos grupos fue que ya era hora que el gobierno de los Estados Unidos de América garantice el principio de igualdad en el ámbito laboral para las mujeres, ya que al parecer el acoso sexual se da porque las mujeres ocupan cargos inferiores a la de los hombres.

La actualidad que ha adquirido el tema no indica, sin embargo, que se trate de un fenómeno nuevo; por el contrario, solo es moderna la denominación de “acoso sexual” para una realidad antigua y generalizada, que aparece desde la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

Esta ha sido, y es todavía, mayoritariamente afectada por tales conductas, en razón de motivaciones culturales que le han asignado determinado rol social el cual se manifiesta en una relación de poder desigual, traducida -en el mundo del trabajo- en diferentes situaciones desventajosas; el acoso sexual no sería sino una de esas manifestaciones.

Si bien los hombres pueden ser también objeto de acoso sexual, la realidad es que la mayoría de víctimas son mujeres, esto se debe a que el problema tiene conexión con los roles atribuidos a los hombres y mujeres en la vida social y

---

<sup>24</sup> S.WISE Y L.STANLEY, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p.63.

económica que, a su vez, directa o indirectamente, afecta a la situación de las mujeres en el mercado del trabajo.

### 1.3. ANTECEDENTES JURÍDICOS

Jurídicamente el acoso sexual surge de la búsqueda por parte de la mujer de protección laboral para su correcto desempeño en este ámbito, luego empieza a comprenderse que este delito vulnera no sólo los derechos fundamentales de los trabajadores, sino su libertad sexual.

CARMEN LUGO, en su trabajo titulado "Legislación internacional en materia de hostigamiento sexual y violación", declara:

Que a pesar de que las primeras publicaciones sobre el tema aparecieron -como ya dije- a mediados de los setentas, algunas legislaciones contenían desde antes disposiciones penales relativas al acoso sexual. De la transcripción que ella hace de algunas de esas normas, se observa que las conductas de acoso sexual no se diferencian plenamente de los actos sexuales abusivos. En otras palabras, ella lee los atentados contra el pudor como contenedores de actos de hostigamiento sexual.<sup>25</sup>

En 1985, la Conferencia Internacional del Trabajo reconoció que:

El acoso sexual en el lugar de trabajo deteriora las condiciones de trabajo de los empleados y sus perspectivas de empleo y promoción, y abogaba por la incorporación de medidas para combatirlo y evitarlo en las políticas para progresar en la igualdad". Desde entonces, la OIT ha señalado al acoso sexual como una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, declarando que constituye un problema de seguridad y salud, un problema de discriminación, una inaceptable situación laboral y una forma de violencia (primariamente contra las mujeres).<sup>26</sup>

Es necesario tener presente que el acoso sexual inicialmente lesionó el derecho al trabajo, porque afectaba el desarrollo normal de una vida plena como trabajador, y dio lugar a perturbar la susceptibilidad de las víctimas y de los entornos en que se desenvuelven.

Es decir, en aquel momento, el acoso sexual se definió o implicó como la promesa de que al someterse o al rechazar un comportamiento sexual tendrá consecuencias en el trabajo o en cualquiera de los ámbitos en que se desempeñe la

---

<sup>25</sup> C. LUGO, *Legislación internacional en materia de hostigamiento sexual y violación*, Estudios de Género y Feminismo I, Buenos Aires, 2010, p.17.

<sup>26</sup> M. BRIONES VELASTEGUÍ, *El hostigamiento sexual: un delito*, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010, p.5.

víctima, por tanto el comportamiento crea un ambiente amenazante, hostil y ofensivo.

Es necesario destacar la existencia de varios países que regulan exhaustivamente este tema como es; Costa Rica, el cual es un asiduo seguidor del derecho social, con una legislación única para tratar estos casos. En el caso de Argentina, el acoso sexual no ha sido normado como una figura independiente del derecho laboral, a pesar que se han presentado varios proyectos de ley pidiendo la autonomía del acoso sexual, pero no han llegado a ningún consenso para que se tipifique como delito.

Los argumentos dados el 4 de Agosto de 2000 por el Dr. Ernesto Capón, ilustre juez de Buenos Aires, el mismo que es citado por TERESA FURRIOL y RICARDO ANDERSON, mencionan que al no ser “el acoso sexual” independiente del derecho laboral se lo considera injuria según la Ley de Contrato de Trabajo y justa causa de despido, eso sí aclara el juez argentino que en estos casos es fundamental la valoración que realicen los jueces, tomando en cuenta el carácter de la relación laboral, lo dispuesto por la ley citada, las peculiaridades y circunstancias personales de cada caso respectivo.<sup>27</sup>

En cambio Chile no contaba con legislación sobre acoso sexual dejando en la indefensión a las personas que eran víctimas de esta figura jurídica, sin embargo hasta que se presentó el Proyecto de ley ante la cámara de diputados, el cual llevó más de ocho años para aprobarse. Ahora los chilenos cuentan con la ley N 20.005 promulgada el 8 de marzo 2005 en la Presidencia de Ricardo Lagos, la cual sanciona al acoso sexual, reformando al Código de Trabajo.<sup>28</sup>

Luego de mencionar la regulación del acoso sexual en tres legislaciones se puede conceptualizar que los Estados consideran al acoso sexual desde una perspectiva social, como una forma de discriminación de género, y lo regulan a través de normas laborales, las cuales protegen el derecho al trabajo. Sin embargo el en el Ecuador el acoso sexual es tipificado y sancionado como delito.

---

<sup>27</sup> T. FURRIOL Y R.ANDERSON, (Responsables), *Delitos sexuales*, Portal de abogados, Alojweb Editorial, Buenos Aires, 2011, p. 19. Disponible en: [www.portaldeabogados.com.ar](http://www.portaldeabogados.com.ar), última visita el 17 de Abril 2011

<sup>28</sup> I. ARÉVALO, *Guía Legal sobre el Acoso Sexual*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 2011, p. 4. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), última visita el 14 de abril 2011



Es necesario precisar, que como estructura jurídica a la del Código Penal antecede la siguiente:

a) Constitución de la República del Ecuador: El artículo 66 de la Constitución en su numeral tercero se refiere al derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual. Además el numeral noveno del mismo artículo establece el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual.<sup>29</sup>

b) Declaración Universal de Derechos Humanos: El artículo 2 del instrumento internacional estipula que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.<sup>30</sup>

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos: El artículo 1 establece a los estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>31</sup>

d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El artículo 2 numeral segundo dispone que los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

---

<sup>29</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial N° 449, lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>30</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948.

<sup>31</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>32</sup>

e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: De igual manera en el Artículo 2 del pacto se garantiza la no discriminación por el sexo.<sup>33</sup>

f) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Los Estados involucrados se comprometen a tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socio culturales de conducta de hombre y mujeres, con miras alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de la inferioridad - superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.<sup>34</sup>

g) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: El Artículo menciona que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Además en el numeral dos literal b) se comprende que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, optado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

<sup>33</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>34</sup> CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

<sup>35</sup> CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

h) Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo-1994): **Capítulo IV, Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer a. Mejoramiento de la condición de la mujer** Entre las medidas recomendadas figuran la creación de mecanismos que garanticen la participación de la mujer en pie de igualdad y su representación equitativa en todos los niveles del proceso político y de la vida pública; promover la educación, el desarrollo de aptitudes y el empleo de la mujer, **y eliminar todas las prácticas discriminatorias contra la mujer, incluso en el lugar de trabajo y las que afectan su acceso al crédito, a la propiedad y a los sistemas de seguridad social.** <sup>36</sup> (énfasis añadido)

i) Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer: Artículo 1 por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual. <sup>37</sup>

j) Vigésimo Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas para el seguimiento del cumplimiento de la Plataforma de Acción Mundial, denominada "Beijing 5", del 20 de Julio de 2000: Artículo 78 literal d) atender a las víctimas de actos de violencia, incluida la violencia sexual. <sup>38</sup>

Es esencial topar el tema de la transición en algunas legislaciones entre el ámbito de protección del ordenamiento laboral adentrándose en la esfera del Derecho Penal, es así que:

La tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal.

---

<sup>36</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DE POBLACIÓN Y DESARROLLO (EL CAIRO-1994), NACIONES UNIDAS, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

<sup>37</sup> DECLARACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

<sup>38</sup> VIGÉSIMO TERCER PERÍODO EXTRAORDINARIO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS PARA EL SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LA PLATAFORMA DE ACCIÓN MUNDIAL, "Beijing 5", del 20 de Julio de 2000.

Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.<sup>39</sup>

## CÓDIGO PENAL

El acoso sexual es tipificado como delito con la publicación en el Registro Oficial N° 365 del martes 21 de julio de 1998 de las reformas al Código Penal, que fueron aprobadas por el Congreso el 1 de julio de 1998.<sup>40</sup>

Para MANUEL GARCÍA<sup>41</sup>, la tipificación del acoso sexual como delito fue calificada como positiva por la mayoría de personas, que de esta manera esperaban que se frenen los abusos a los que estaban sometidas, en especial, empleadas, estudiantes de colegios y universidades. Desde sus orígenes el acoso sexual fue una expresión de abuso de poder por quienes podían ostentar cualquier escenario de superioridad en relación a otras personas, vulnerando gravemente la libertad sexual; hoy es indistinto el sexo para la determinación de los sujetos activo y pasivo del presente tipo penal.

La incorporación del artículo referente al acoso sexual de 1998, aprobado por el Congreso Nacional (hoy, Asamblea Constituyente) al Código Penal manifestaba lo siguiente:

A continuación del artículo 551, agréguese un innumerado que diga:

.. El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años.<sup>42</sup>

Es imperante precisar que hasta el referido año 1998, el artículo 268 del Código Penal establecía prisión de uno a tres meses para *"el empleado público que solicitare a una mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución"*.<sup>43</sup> El presente buscaba sancionar al funcionario público que prevalido de una situación de poder

---

<sup>39</sup> J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Espasa, Madrid, 2007, p. 22.

<sup>40</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial N° 365 del martes 21 de julio de 1998.

<sup>41</sup> M. GARCÍA, *El Acoso Sexual*, Editorial UESS, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010, p. 3.

<sup>42</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial N° 365 del martes 21 de julio de 1998.

<sup>43</sup> IBÍDEM

desea realizar actos sexuales con una mujer. Este tipo penal se denominaba solicitud, de lo que hoy se conoce con el nombre de acoso sexual. Este artículo se derogó el 21 de julio de 1998, publicado en el Registro Oficial N. 365.

El Jueves 23 de junio del 2005 en el Registro Oficial No. 45 se publica la Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad.

El artículo 13 prescribía lo siguiente:

13. Sustituyese el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 511, por el siguiente:

artículo... Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaleciéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se halle previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.<sup>44</sup>

Es así como el acoso sexual queda establecido en nuestra legislación como cualquier conducta o manifestación sexual no deseada, la cual afecta a la libertad sexual del sujeto pasivo.

Finalmente hay que tener presente que el acoso sexual se originó en Estados Unidos en los setenta con la iniciativa de un grupo feminista, el cual se vio afectado al involucrarse laboralmente con el sexo opuesto; en los ochenta sale de la esfera laboral en la que se encontraba, y en los noventa llega a tipificarse como delito.

A pesar que en nuestra legislación el acoso sexual es considerado delito, existen legislaciones que regulan al hostigamiento sexual en el Código de Trabajo, lo cual demuestra que esta conducta puede ser sancionada administrativamente.

---

<sup>44</sup> LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL QUE TIPIFICA LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005.

## CAPÍTULO II

### EL ACOSO SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

#### 2.1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO PENAL

Para que se configure la existencia del tipo penal acoso sexual son necesarios los siguientes elementos: solicitud de favores de naturaleza sexual, situación de superioridad y causar un mal relacionado con las legítimas expectativas en el ámbito de dicha relación.

La doctrina del Alto Tribunal de España enseña con respecto al acoso sexual y a sus elementos estructurales que:

....La Comisión Europea, en su recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y a los efectos que nos interesa. Este código contiene una definición de acoso sexual como **aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseado.**

Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.<sup>45</sup> (énfasis añadido)

La legislación ecuatoriana, con respecto a este tipo penal, aún es escasa, no obstante es indispensable mencionar el siguiente planteamiento doctrinario del español DR. JUAN ARÁNZAZU con respecto a los elementos que conforman el tipo penal, específicamente el elemento que se está tratando:

Los **elementos** que deben concurrir para que nos encontremos ante una conducta de acoso sexual, tras la modificación operada en el Código penal, por la citada Ley Orgánica 11/1999 son los siguientes:

- a) la **acción típica** está constituida por la **solicitud de favores sexuales;**
- b) tales favores deben **solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero;**
- c) el **ámbito** en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una **relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual;**
- d) con tal comportamiento **se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante;**

---

<sup>45</sup>TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, resolución 27 de noviembre de 1991

- e) **entre la acción** que despliega el agente y el **resultado exigido** por la norma penal **debe existir** un adecuado **enlace de causalidad**;
- f) el **autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión.**<sup>46</sup> (énfasis añadido)

Claramente esta cita demuestra que el acoso sexual constituye un atentado a la libre decisión de verse involucrado en una relación sexual indeseada, la cual está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección se proclama en la Constitución.

### 2.1.1 SOLICITUD DE FAVORES DE NATURALEZA SEXUAL

Nuestro Código Penal en el \*artículo...(511.1) señala: *“Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero...”*.<sup>47</sup>

El legislador al redactar el tipo penal fue muy suspicaz en aquella época, al establecer que el delito de acoso sexual sea considerado de mera actividad o peligro, por lo que únicamente se requiere que tales favores sean solicitados y no necesariamente se cumplan otras etapas para que constituya un delito. Al parecer PILAR CORTEZ<sup>48</sup> considera que dicha solicitud fue para los legisladores un detonante suficiente para ser merecedora del reproche penal, cuestión que sólo se puede dilucidar cuando se vea la aplicación que, en la práctica, se hace del precepto.

De la misma forma RICARDO HUSBANDS<sup>49</sup> recalca que hay que tener presente que no es necesario que la pretensión deshonesto alcance éxito, no es preciso que la seducción exista, basta que se pida para que se configure la existencia del delito y por consiguiente luego se pueda determinar la culpabilidad del sujeto activo.

El núcleo del acoso sexual especifica que la solicitud debe tener un carácter sexual. Este comportamiento (solicitud) tiene como finalidad la satisfacción sexual del sujeto activo, es decir el poder obtener cualquier tipo de gratificación de orden sexual por parte de la víctima o sujeto pasivo, quien en una condición de

---

<sup>46</sup>J.ARÁNZAZU, *El acoso sexual* ...,op.cit, p. 25.

<sup>47</sup>CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

<sup>48</sup> Cfr. P.CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p.52.

<sup>49</sup>Cfr. R .HUSBANDS, *Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual*, RIT, 1993, vol.112, No. 1, p. 11.

inferioridad, no podría eventualmente superar la presión, o el grado de intimidación que le ha sido propuesto por el sujeto activo.<sup>50</sup>

En complemento a lo mencionado la doctrina ha declarado:

Que tal elemento se cumple "**cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente sería e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado**", de tal modo que **dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre.**

En efecto, **basta con la mera solicitud**, la cual podrá realizarse de forma **explícita o implícita**, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca.

**Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual**, propiamente delictivos en otros apartados del mismo título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción.

Desde esta perspectiva, **el acoso sexual es algo previo**, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se otorga a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto en donde se penaliza, y que la ley diseña como el entorno laboral, docente o de prestación de servicios, cualquiera que sea la continuidad de los mismos, con una amplia fórmula que engloba todos aquellos ámbitos en donde se promueven las relaciones humanas más necesitadas de protección.<sup>51</sup> (énfasis añadido).

Frente a esto es necesario cuestionarse la amplitud de la solicitud de favores sexuales (¿completa, simples tocamientos u otros?). Adicionalmente al margen de que la solicitud sea verbal o escrita, cabe pensar que si el legislador habla de "solicitud de favores sexuales", la utilización del plural denota que una sola y esporádicas peticiones de favores no podrían ser consideradas como acoso sexual.<sup>52</sup>

Es así que para CARLOS CREUS y JORGE EDUARDO BUOMPADRE<sup>53</sup>, los favores de naturaleza sexual se refieren aquellas solicitudes que comprenden todo acercamiento o contacto corporal con la víctima, sin que constituya acceso carnal.

Se discute en la doctrina si las peticiones de naturaleza sexual deben limitarse a un contacto físico o por el contrario, son suficientes los actos de acercamiento. Una parte de la doctrina, entre ellos Muñoz Conde, Reinaldi, Buompadre, Parma, etc, sostienen que al hablar de naturaleza sexual, se exige la concurrencia de un contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; sin embargo otro grupo

---

<sup>50</sup> Cfr. V. SARMIENTO, *El acoso sexual*, (Conferencia) Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2009, p.13.

<sup>51</sup> J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Editorial Espasa, Madrid, 2007, p.23.

<sup>52</sup> Cfr. P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p.52.

<sup>53</sup> Cfr. C. CREUS y JORGE EDUARDO BUOMPADRE, *Derecho Penal, parte especial*, Astrea, séptima edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007, p.183.



de la doctrina como, Orts Berenguer, Carmona Salgado, entre otros, señalan que toda conducta que atenta contra la libertad sexual del sujeto pasivo es una conducta típica, por lo que los favores de naturaleza sexual se refieren a tocamientos realizados por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, o de éste sobre el cuerpo de aquél, o también los tocamientos los realice el sujeto pasivo sobre sí mismo.<sup>54</sup>

El ámbito de la naturaleza sexual, se refiere a los contactos con el cuerpo del autor con el de la víctima, los cuales contienen una connotación sexual, la cual se verifica si se da un tocamiento de las partes pudendas; en el hombre son; el pene, el ano, y en cambio en la mujer son; la vagina, el ano y los senos. Partiendo de este análisis, es importante mencionar que siempre el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos. Adicionalmente la doctrina recalca que es el sujeto activo, es quien otorga a los favores, el significado sexual, dependiendo de la parte de su cuerpo que aproxima al del sujeto pasivo, tal es el caso del hombre que acerca su miembro viril a los pies de una mujer.<sup>55</sup>

Sin embargo es bueno mencionar lo que piensan otros autores como ELENA LARRAURI<sup>56</sup> la cual al respecto menciona que la simple solicitud de favores de naturaleza sexual, excluye el contacto corporal, ya que basta con la petición para que el sujeto activo sea sancionado por el cometimiento del delito.

A pesar de lo mencionado por Larrauri, es esencial determinar que para que exista acoso sexual es imperante la presencia de la naturaleza sexual de la proposición, la cual puede incluir diversos tipos de comportamientos verbales, escritos, o físicos, que persiguen como finalidad última, el desarrollo de determinada actividad sexual.

---

<sup>54</sup> Cfr. C. CREUS y JORGE EDUARDO BUOMPADRE, *Derecho Penal, parte especial*, Astrea, séptima edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007, p.183.

<sup>55</sup> IBÍDEM.

<sup>56</sup> Cfr. E. LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual: Una primera valoración*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p.13.

Otra de las inconsistencias del elemento que conforma el tipo penal acoso sexual como lo explica CARMEN LUGO<sup>57</sup> al describir que la norma no explica claramente a qué tipo de favores sexuales se refiere; además que cuando una persona pide un favor no debe esperar nada a cambio. Sin embargo este tipo penal es defectuoso porque el sujeto activo recibe satisfacción por el favor que solicitó.

Continuando con este estudio, otro de los aspectos relevantes a considerar es que los favores de naturaleza sexual pueden solicitarse para la persona que los pide o para un tercero. El artículo de nuestro Código Penal genera serias dudas sobre si la conducta del tercero queda impune o no al recibir los favores.

Con el fin de desarrollar los otros elementos es importante finalizar este tema acotando que el tipo establece la sola solicitud de favores sexuales en virtud de una determinada situación de superioridad laboral, docente o jerárquica servirá para dar por cumplido el tipo, siempre y cuando concurra el condicionamiento de causar un mal a la víctima o a su familia. Para reafirmar esta explicación cito la siguiente doctrina española:

La exigencia de la solicitud implica que el código penal sólo castiga el denominado acoso sexual "quid pro quo" e impide considerar el acoso sexual ambiental punible en el código penal.

Ejemplos como el de la persona que constantemente hace chistes que deja objetos de contenido sexual, que exhibe videos pornográficos en las reuniones de empresa, no constituye de acuerdo al código penal acoso, puesto que este sujeto no realiza solicitud alguna.<sup>58</sup>

Por consiguiente después de este análisis, concuerdo con STOLBIZER<sup>59</sup> al decir que la norma no especifica si tales favores de naturaleza sexual han de ser pedidos verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio, e, incluso, deja abierta la posibilidad de cuestionar si los favores sexuales tienen que ser solicitados. No cabe duda que es necesario precisar que esta figura requiere exactitud y precisión ya que es considerado un delito, el cual no admite interpretación alguna, sin embargo su redacción deja muchas dudas sin resolver.

---

<sup>57</sup>Cfr. C. LUGO, *Legislación internacional en materia de hostigamiento sexual y violación*, Estudios de Género y Feminismo I, Buenos Aires, 2010, p.17.

<sup>58</sup>J. MOYA, *El Acoso Sexual*, El País, Madrid, 13 de abril de 1997, p.18.

<sup>59</sup> Cfr. M. STOLBIZER, *El abuso sexual en la nueva Legislación Penal Argentina*, Buenos Aires, 2011, p.7.

### 2.1.2 SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD

Tanto el sujeto activo como pasivo según MARGARITA STOLBIZER pueden ser cualquier persona, no existe para ocupar esta calidad mayor distinción entre hombre y mujer, incluso podría decirse que los dos pudiesen llegar a ser del mismo sexo; sin embargo la única exigencia del tipo penal, radica en que entre ambas personas hay una situación de superioridad del primero respecto del segundo.<sup>60</sup>

El profesor JUAN ARÁNZAZU, recoge en su obra sobre el acoso sexual, un importante análisis del Tribunal Supremo:

Se ha pronunciado declarando que éste es un delito de mera actividad o de peligro (lo que no producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio "gravemente" se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante.<sup>61</sup>

Siguiendo esta línea para VICENTE SARMIENTO<sup>62</sup> este delito supone una actividad intimidatoria, atentatoria a las buenas costumbres, a la justa susceptibilidad de la persona, el agravio que siente el sujeto pasivo. Todo esto se produce cuando la víctima llega a desarrollar un sufrimiento que le genera la actitud descortés, ofensiva e inesperada del sujeto activo.

Partiendo de esta introducción, el sujeto activo del delito de acoso sexual según el Código Penal en el artículo...(511.1) es :

Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.<sup>63</sup>

El tipo penal de acoso sexual exige que el sujeto activo tenga la calidad de jefe con respecto a la víctima, porque solamente en este caso puede prevalecerse de la situación de superioridad para realizar la solicitud de favores sexuales.

---

<sup>60</sup>Cfr. M. STOLBIZER, *El abuso sexual en la nueva Legislación Penal Argentina*, Buenos Aires, 2011, p. 7.

<sup>61</sup>J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Espasa, Madrid, 2007, p.22.

<sup>62</sup> Cfr. V. SARMIENTO, *El acoso sexual*, (Conferencia) Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2009, p.14.

<sup>63</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

Autores como DONNA<sup>64</sup> en primera instancia conceptualizan al acoso sexual como aquella forma de presión sexual que se da en determinados ámbitos, en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas como podría suceder en escenarios diversos como son el trabajo, colegio, universidad, etc., y que genera por obvias razones que el sujeto pasivo se vea obligado a tolerar las presiones, para permanecer o progresar en dichos ámbitos.

EDGARDO DONNA<sup>65</sup> precisa que el sujeto activo está dotado de una situación de superioridad laboral, docente o análoga. Dicha preponderancia puede ostentarla tanto el que solicita favores, como el tercero para el que se solicitan.

El sujeto activo indistintamente de su sexo es quien ostenta una condición especial que revela una situación de superioridad, la misma que puede plasmarse en el ámbito laboral, social, familiar, universitario, religioso, etc., o que derive de las relaciones derivadas del ejercicio profesional con respecto al sujeto pasivo.

EL sujeto activo coacciona a la víctima a que se someta sexualmente, abusando de la autoridad que le confiere su función. La superioridad es la ventaja que exterioriza una persona con respecto a otra; dicho en otras palabras, es manifestación de jerarquía, lo cual indica diversidad de grados entre sujetos. Por supuesto, ella no es arbitraria, y necesariamente debe circunscribirse al ámbito laboral, docente o análogo.<sup>66</sup>

El autor en mención establece que lo *laboral* es todo lo relativo al trabajo, en consecuencia, resultarán determinantes las pautas predisuestas en el Código del Trabajo. La superioridad docente sugiere un ambiente de enseñanza; por tanto, las relaciones académicas (las cuales, intrínsecamente, encierran una esfera de superioridad intelectual), estarán determinadas por la vinculación docente-estudiante. <sup>67</sup> (énfasis añadido)

Por consiguiente, se concluye que este tipo penal sugiere, además, una superioridad análoga, lo cual debe someterse a una interpretación restrictiva, pues

---

<sup>64</sup>Cfr.E.DONNA, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.32.

<sup>65</sup>IBÍDEM

<sup>66</sup> E. DONNA, *Delitos contra ...*, op.cit., p. 33

<sup>67</sup>Cfr.E.DONNA, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.32.

como bien es sabido, la delimitación conceptual (valorativa) de todo elemento normativo, no debe desentenderse del estricto apego al principio de la legalidad formal.

El profesor JUAN ARÁNZAZU<sup>68</sup> sostiene en cuanto al género, como ya se ha explicado, éste es indistinto, no obstante, lo que sí interesa precisar es que este tipo penal es un delito especial, debido a que el sujeto activo es calificado al ser una persona que ejerce poder, autoridad, en virtud de una determinada superioridad de su cargo, la misma que puede ser reflejada en el ámbito laboral, docente, religioso o en cualquier otra ámbito de la cotidianidad.

En cambio la víctima o sujeto pasivo según el Profesor RODRÍGUEZ SALACH<sup>69</sup> es aquella persona sobre la cual se pretende ejercer una situación de intimidación, presión a cambio de la obtención de favores de naturaleza sexual por parte del sujeto activo.

JAIME NÁQUIRA<sup>70</sup> expone que la situación debe ser objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima. Este es el requisito que más polémica ha creado entre la doctrina que critica la inseguridad jurídica que puede suponer que una misma acción del sujeto activo pueda ser considerada más o menos grave, hostil o humillante dependiendo de cada víctima.

A diferencia del anterior autor, VICENTE SARMIENTO<sup>71</sup> claramente expresa que no puede considerarse la situación de intimidatoria, hostil o humillante absolutamente objetiva, ya que será bastante complicado para las víctimas acreditar que están precisamente en esa situación, porque no está tipificado de forma expresa cuándo ni cómo se lleva a cabo el acoso sexual.

Los siguientes artículos demuestran la desaparición del matiz paternalista de protección al sexo femenino que llevaba implícita la consideración de la debilidad de ese género, ya que con el artículo 511.1 inciso 5to abre la puerta a un grupo llamado

---

<sup>68</sup>Cfr. J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Espasa, Madrid, 2007, p.223.

<sup>69</sup>Cfr. A. RODRÍGUEZ SALACH, *Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido*, Alcotán, Buenos Aires 1993, p. 81.

<sup>70</sup>Cfr. J. NÁQUIRA, *El acoso sexual*, Editorial Universidad Católica, Santiago de Chile, 2009, p.17.

<sup>71</sup>Cfr. V. SARMIENTO, *El acoso sexual*, (Conferencia) Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2009, p.13.

incapaces, comprendido entre los menores de edad, mayores de setenta años y las personas con discapacidades físicas.

artículo... (511.1) inciso 5to.: Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.<sup>72</sup>

Es necesario precisar que el sujeto activo es quien ostenta plenamente la relación de superioridad, el sujeto pasivo es quien recibe la oferta, propuesta, agravio, ofensa que denigra su dignidad y su desarrollo laboral, profesional. Basándose en lo estipulado en el tipo penal de acoso sexual no puede existir este delito entre los propios compañeros de trabajo, ya que no hay una situación de superioridad, no obstante los mismos pueden ser medios o terceros que faciliten el cometimiento del delito. Una vez más esta tipificación denota inconsistencia en sus elementos normativos, al no regular un acoso entre compañeros.

JUAN ARÁNZAZU<sup>73</sup> en su obra “El acoso sexual en materia penal” el cual establece que es indudable que dichos comportamientos pudieran ser definidos como acoso sexual bajo el prisma de la legislación actual. Sobre todo, se debe tener en cuenta, que basta con la mera solicitud para que se cumpla el tipo, sin que fuera necesaria su consumación.

Frente a esto mi posición es radical, ya que pienso que es extremista el hecho de que se tipifique como delito y se sancione a una persona que “solicita favores de naturaleza sexual” a otra, ya que no se afecta la libertad sexual de la otra persona por una mera proposición. Hago hincapié en la definición de naturaleza sexual, cuando implica un contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo; en este caso no se da un contacto, simplemente se sanciona la solicitud, adicionalmente que no se sabe a qué tipo de favores sexuales se refiere. Por lo tanto, no está tipificado de forma expresa cuándo, ni cómo se lleva a cabo el acoso sexual; lamentablemente denota inconsistencia en sus elementos normativos.

### **2.1.3 ATAQUE A LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS CAUSANDO UN MAL A LA VÍCTIMA O A SU FAMILIA**

---

<sup>72</sup>CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

<sup>73</sup> Cfr. J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Espasa, Madrid, 2007, p. 25.

Otro de los elementos estructurales del tipo penal es:

*.....un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.<sup>74</sup>(énfasis añadido)

El Diccionario de la Real Academia Española define a la expectativa como:

*La esperanza de conseguir en adelante una cosa, si se depara la oportunidad que se desea*, o bajo otra acepción, como la *posibilidad, más o menos cercana o probable, de conseguir un derecho, acción, herencia, empleo u otra cosa, al ocurrir un suceso que se prevé o al hacerse efectiva determinada eventualidad.* <sup>75</sup>  
(énfasis añadido)

Sin embargo, tal y como sobresale del criterio aducido, la expectativa típica únicamente es aquella que es legítima, es decir, aquella que es genuina, cierta y verdadera, y que básicamente, sobreviene conforme a las leyes. En virtud de lo cual se puede definir a la legítima expectativa como un anhelo que se merece. No es una consecuencia arbitraria o caprichosa de quien cree ostentarla, sino una virtud conquistada.

El núcleo de la teoría del acto propio se halla en las legítimas expectativas, dado que el individuo es un agente racional, puede planificar su futuro basándose en ciertas razones, que son hechos, creencias, deseos, etc. Ahora bien, el supuesto es que una persona, con su conducta, bajo ciertas condiciones puede abrir ciertas expectativas, que sean justificadas en razones, y que sean legítimas según los principios del ordenamiento jurídico. Al planificar su desenvolvimiento para alcanzar un objetivo, la persona con la expectativa puede invertir tiempo y esfuerzo, y el agente con su conducta inconsecuente puede cerrarle o frustrarle las expectativas, causándole un daño injusto.<sup>76</sup>

La amenaza a que se refiere esta norma consiste en causar un mal que esté relacionado con las legítimas expectativas a que tiene derecho el sujeto pasivo en virtud de una relación de carácter laboral, docente o análoga o con ocasión de las relaciones que se derivan del ejercicio profesional. Sin embargo, para LORENZO

---

<sup>74</sup>CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

<sup>75</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001, p.123.

<sup>76</sup> L. DÍEZ Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Bosch, 1963, p.7.

BUSTILLOS<sup>77</sup> la connotación de dicho menoscabo está supeditada a las exigencias y características intrínsecas de la relación que mantienen la víctima y el agente del delito, circunstancia a la que se adiciona la determinación de lo que debe entenderse por legítimas expectativas del sujeto pasivo.

De igual forma el autor acota que debe tratarse de una amenaza cierta, eficaz, real, que sea objetivamente idónea, capaz de intimidar lo suficientemente al sujeto pasivo como para hacerle sucumbir ante las pretensiones del sujeto activo, aunque éste finalmente no acceda a concretarlas. Esto indica que no cualquier amenaza resulta pertinente para configurar este tipo penal.<sup>78</sup>

El ataque a las legítimas expectativas ocasiona un clima intimidatorio que se identifica cómo señala ÁNGELA MARTÍN EVANGELIO<sup>79</sup> con una situación marcada por la amenaza de un daño injusto, posiblemente irreparable y que obliga psicológicamente al sujeto a sufrir un daño mayor que el representado por la solicitud sexual.

De la doctrina expuesta se precisa que el acoso sexual, dentro de sus elementos normativos exige que el sujeto activo con su comportamiento provocare a la víctima o a su familia una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. La intimidación es el temor de sufrir un mal, este daño genera en el sujeto pasivo una actitud de degradación, menoscabo, vergüenza, lo cual evidentemente provoca en la persona un sentimiento de vulneración hacia su libertad sexual.

JUAN ARÁNZAZU<sup>80</sup> sustenta que el bien jurídico protegido es la libertad sexual del sujeto pasivo, la autonomía e independencia frente ataques externos indeseados que debe prescindir de la toma de decisiones en el plano sexual de cada persona.

---

<sup>77</sup>Cfr. L. BUSTILLOS, *Responsabilidad penal del empleador por accidentes Laborales*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 11.

<sup>78</sup> IBÍDEM.

<sup>79</sup> Cfr. A. MARTÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, Editorial Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 18.

<sup>80</sup> J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Madrid, 2007, p. 24.



Por otro lado hay autores, como ADRIÁN MARCELO TENCA<sup>81</sup>, que establecen que existe conductas que pueden ser tildadas como inmorales, y que, sin embargo no pueden ser castigadas con pena, tal es el caso del acoso sexual. Adicionalmente señala que el derecho penal debe aplicarse sólo cuando el bien jurídico no puede ser protegido desde otros ámbitos del derecho. En virtud de lo cual a través del derecho laboral, se brindaría protección al trabajador mediante la intervención del Estado, reglamentando las relaciones individuales y colectivas de trabajo, con el fin de precautelar al trabajador contra los diversos riesgos inherentes al trabajo que amenazan su vida y salud; además se impulsa la defensa contra los abusos debido a su situación de inferioridad frente al empleador.

## **2.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL**

### **2.2.1. DOLO**

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores; entre los que destacan como los principales son Grisanti, Manzini y Jiménez de Asúa quienes han emitido un concepto completo de lo que se entiende por el dolo.

PAZ DE LA CUESTA<sup>82</sup> menciona en su obra que según Hernando Grisanti el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito; en cambio para Manzini el dolo es la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley ; en cambio para Luis Jiménez de Asúa es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.

---

<sup>81</sup> Cfr. A. TENCA, *El Delito de Acoso Sexual*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2009, p.111.

<sup>82</sup> M. PAZ DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p.75.

Puedo conceptualizar al dolo como aquella conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad. En definitiva el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. Basándose en la definición se establece que el dolo está integrado por dos elementos esenciales; el primero es un elemento cognitivo, que es el conocimiento de realizar un delito; y el segundo un elemento volitivo; que se refiere a la voluntad de realizar un delito o lo que se conoce como, el querer de la acción típica.<sup>83</sup>

Unificando las definiciones de los autores se establece que al considerarse como dolo, es la intención de realizar un hecho antijurídico y está fundamentado por dos elementos: la conciencia o previsión del hecho y la voluntariedad del mismo.<sup>84</sup>

La doctrina a través de la definición de que “*el dolo es el estado anímico en que el activo quiere o acepta el resultado ilícito, lo ha clasificado en dolo directo y dolo indirecto*”<sup>85</sup>. El dolo directo produce un daño específico, por lo que responde penalmente, aún cuando el resultado no se produzca por causas ajenas a su voluntad; en cambio en el dolo indirecto, el sujeto activo pretende un resultado específico, pero advierte que su conducta provocará otros efectos delictivos, los cuales son aceptados por él con tal de lograr su propósito. Vale recalcar que el dolo indirecto es menos grave que el dolo directo.<sup>86</sup>

En nuestra legislación al igual que en la Uruguay no se diferencia si el sujeto activo desea específicamente el resultado o sólo lo admite, aquí se considera intencional al delito cuando el resultado se ajusta al propósito de causar un daño o cuando fuera previsto por el agente respectivamente. De ahí, que en el Ecuador se aplica el dolo directo más no el dolo indirecto.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> M. PAZ DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p.76

<sup>84</sup> G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Vigésima Tercera Edición, Buenos Aires, 2000, p.83.

<sup>85</sup> M. SOTO LAMADRID, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p.40.

<sup>86</sup> IBÍDEM

<sup>87</sup> M. SOTO LAMADRID, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p.36.

Respecto al cometimiento del delito que nos compete CONCEPCIÓN CARMONA indica que *“sólo es punible el acoso sexual realizado con dolo, entendido como conciencia y voluntad, que debería abarcar todos los aspectos que delimitan el tipo penal”*.<sup>88</sup>

PILAR CORTÉS menciona que el acoso sexual:

Se trata de un delito esencialmente doloso, que no admite formas culposas, pues el sujeto activo ha de llevar a cabo un comportamiento dirigido a la obtención de un fin, usando de la situación de superioridad en que se halla y amenazando con causar un mal en el ámbito de dicha relación, debiendo abarcar el dolo todos los elementos citados. Se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la formulación de la solicitud y amenaza, de no verse satisfecha la misma, de causar un mal. Precisamente por ello, no admite formas imperfectas de ejecución ni precisa que para su consumación que el deseo sexual, cuya satisfacción se solicita, se vea complacida.<sup>89</sup>

Para determinar la existencia de dolo en un hecho delictivo se requiere una iniciativa libre, inteligente e intencionada, además se debe tener presente que el dolo tiene como finalidad la voluntad de ejecutar un determinado acto o hecho que se caracteriza por un profundo nivel de antijuridicidad. El dolo representa la expresión más típica, completa y más acabada de las formas en que puede presentarse el nexo psicológico entre el autor y su hecho.

### 2.2.2. VOLUNTAD

Para FERNANDO CASTELLANOS<sup>90</sup>, el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o psicológico. El elemento ético está conformado por la conciencia de que se quebranta el deber, en cambio el elemento volitivo consiste en la voluntad de realizar el acto, en el cometimiento del hecho típico.

El primer elemento del dolo a tratarse es la voluntad, en vista de esto MANUEL OSSORIO<sup>91</sup> explica que la voluntad debe ser entendida como el carácter, energía psíquica capaz de mantener o imponer el propio criterio y la resolución adoptada frente a la oposición y los obstáculos.

La voluntad al ser un proceso mental interno, se puede teorizar por medio de la psicología, pero jurídicamente sólo se puede apreciar mediante sus efectos. La

---

<sup>88</sup> C. CARMONA SALGADO, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, Marcial Pons Editorial, 1996, p. 46.

<sup>89</sup> P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p.52.

<sup>90</sup> Cfr. F. CASTELLANOS TENA, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, México, p.239.

<sup>91</sup> M. OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta trigésima tercera edición, Buenos Aires, 2008, p. 929.

voluntad es difícil de reconocer objetivamente, son las consecuencias de las actuaciones las que configuran una apreciación objetiva, permitiendo que sean tratadas jurídicamente.<sup>92</sup>

Cabe recalcar que en el Derecho Penal lo más cercano al estudio de la voluntad es el dolo. Esta configura la intención del autor de hacer o no hacer algo, sin embargo esta intención sólo se puede probar objetivamente mediante representaciones externas de la voluntad, aproximaciones, o indicios que, realizadas a través del razonamiento lógico, puedan conducir a una conclusión posible de responsabilidad<sup>93</sup>.

Al considerar a la voluntad, la capacidad para elegir y decidir las conductas, si el dolo se queda en la configuración mental, en un simple “*yo quise o tenía la intención de hacerlo*”, no surte efectos jurídicos. Por consiguiente no se sanciona al querer, sino a la obra, a la exteriorización del dolo.<sup>94</sup> (énfasis añadido)

Esta capacidad de orientar la conducta a una finalidad determinada, según YESID ECHEVERRY<sup>95</sup> sólo es posible mediante la voluntad, por eso es la columna vertebral de la acción final. La dirección final de la conducta supone dos etapas; la una es interna en cuanto se desenvuelve en la esfera del pensamiento; la otra es externa porque se realiza en el mundo de la naturaleza. Durante la primera fase, la persona anticipa mentalmente el fin que se propone; luego selecciona los instrumentos que le servirán para lograr la meta deseada, mediante un movimiento de retroceso desde el fin, y, por último, considera los efectos relacionados de su acción futura, con el objetivo de evitar o contrarrestar cualquier desviación en su resultado. Superada esta etapa interna, el sujeto ejecuta su acción en el mundo exterior; es decir, pone en movimiento, conforme al plan trazado, los medios de actuar que ha escogido previamente hasta lograr el fin perseguido.

Analizando este elemento al tipo penal de estudio, se puede decir que sólo es punible el delito de acoso sexual que se realice con dolo, es decir con plena

---

<sup>92</sup> Cfr. D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Editorial Ibdef, Buenos Aires, 2007, p.33.

<sup>93</sup> M. SOTO LAMADRID, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p.37.

<sup>94</sup> Cfr. D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Editorial Ibdef, Buenos Aires, 2007, p.3.

<sup>95</sup> Y. ECHEVERRY ENCISO, *Voluntad y Conocimiento como Presupuestos del dolo en materia penal*, Issn, Cali, 2009, p.125.

conciencia y voluntad de causar el mal a la víctima, mediante aquella conducta que lesiona, hostiga y humilla la libertad sexual del sujeto pasivo.

Sin embargo, la simple solicitud no puede considerarse inmersa en el dolo, si la voluntad y la ética están considerados como elementos subjetivos por lo tanto supeditados a un juicio de valor que no pueden ser tratados jurídicamente, por consiguiente, el dolo en el delito de “acoso sexual” se ubica a nivel de configuración mental en un simple “yo quise o tenía la intención de hacerlo” lógicamente sus efectos se alejan de lo jurídico.

Decir que quien comete el delito de acoso sexual con plena voluntad, quien con respecto a una persona con la que exista relación de subordinación, lleve a cabo conductas verbales, físicas o ambas, relacionadas con la sexualidad que la pongan en riesgo o la dejen en estado de indefensión, no significa que se sancione el querer sino la obra o exteriorización del dolo.<sup>96</sup>

### 2.2.3. CONOCIMIENTO

El segundo elemento que constituye al dolo es el conocimiento o elemento cognitivo. El conocimiento es el conjunto de información almacenada mediante la experiencia o el aprendizaje (a posteriori), o a través de la introspección (a priori).<sup>97</sup>

El desarrollo de este elemento se centra en los procesos de pensamiento y en la conducta que refleja estos procesos. Este progreso es producto de los esfuerzos del niño por comprender y actuar en el mundo, el cual aparece como una capacidad innata de adaptación al ambiente.

MARCO TERRAGNI<sup>98</sup>, al conceptualizar al dolo, le asigna la idea de conocimiento y voluntad de realizar el hecho a que se refiere el tipo del código penal. Es así que aclara que no sólo comprende la persecución del resultado, por sí, sino también el conocimiento y la voluntad de haber puesto en marcha los medios para realizar la acción de la manera planteada.

---

<sup>96</sup> M. SALGADO et al., *Desagradable, no deseado y cada vez más ilegal: El acoso sexual en el lugar de trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, New York, 2011, p.3.

<sup>97</sup> Cfr.D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Editorial Ibbef, Buenos Aires, 2007, p.33.

<sup>98</sup> M. TERRAGNI, *Dolo eventual y culpa consciente*, Rubinzal Calzoni Editores, 2009, p.11.

Para MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA <sup>99</sup>, una de las cuestiones centrales acerca del dolo radica en cuál es el tipo de conocimiento que se requiere para su configuración. En primer lugar, diferenciando los significados naturales del conocimiento; el conocimiento como elemento constitutivo del dolo está dado, por la consciencia que el agente tiene sobre las circunstancias y las consecuencias que previsiblemente se deriven de su comportamiento o siguiendo los términos de TERRAGNI<sup>100</sup>, el autor tiene que conocer las circunstancias que rodean el suceso y obrar con la intención de concretarlo.

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo y la ubicación sistemática del mismo.

Es así como para el causalismo clásico perteneciente a la escuela penal alemana, que tuvo su auge entre 1870 y 1930 aproximadamente en ese país, el elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal. Por consiguiente el dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible.<sup>101</sup>

Por el contrario, para la teoría finalista de la escuela penal germana, la cual tuvo su esplendor entre 1945 y 1960, el elemento cognitivo del dolo sólo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. Por esta razón el dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad, o sea, la noción de que el

---

<sup>99</sup> M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.34.

<sup>100</sup> M. TERRAGNI, *Dolo eventual y culpa consciente*, Rubinzal Calzoni Editores, 2009, p.19.

<sup>101</sup> M. PAZ DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p.60.

comportamiento que se realiza está deslindado del dolo y es concebido como un elemento de la culpabilidad.<sup>102</sup>

Es así que quién actúa con conciencia de ilicitud, quién ha querido el resultado y ha desplegado todo su potencial humano por alcanzarlo, ha puesto sus sentidos en el logro final de lo que quería, ha actuado con voluntad y razón; esto es, quería y sabía cómo llegar al resultado criminoso.

Según DAVID BAIGÚN<sup>103</sup> la concepción de peligro permite establecer sin duda los límites y alcance de la intención dolosa, es así que si se entiende al peligro como la existencia de la lesión de un bien, no habrá obstáculos en admitir la aplicación de los principios dolo a esta clase de delitos.

A pesar de lo citado, hay que establecer que con una simple solicitud no podemos decir que estamos dentro del ámbito doloso.

---

<sup>102</sup> M. PAZ DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación ...*, op.cit, p.46.

<sup>103</sup> Cfr.D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Editorial Ibdef, Buenos Aires, 2007, p.27.

## CAPÍTULO III

### PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE ACOSO SEXUAL

#### 3.1 EL DELITO DE ACOSO SEXUAL

La comisión de un delito no siempre es la obra de un solo hombre, es así que cuando un hecho delictivo se consuma a través de un accionar deliberado y consciente de dos o más personas, estamos frente un supuesto de participación criminal. La diversidad de sujetos, claramente es un elemento fundamental para la constitución de la hipótesis participativa en un hecho delictivo.

Sin embargo, esta pluralidad de personas puede ser imprescindible o circunstancial, pues varias veces existen objetivos que no pueden ser alcanzados de forma individual, y por esta razón se suman aportes, con el fin de asegurar los resultados o procurar la impunidad del acto ejecutado.

Algunos autores como Zaffaroni y Jescheck<sup>104</sup> destacan que la participación no puede dejar de reconocer que la pluralidad de sujetos es un proceso vital y que conceptos como los de autor, autor mediato, se hallan diferenciados previamente por la naturaleza de las cosas, por esta razón es esencial que se analice la existencia de la participación en el delito de acoso sexual.

##### 3.1.1 AUTOR MATERIAL O DIRECTO

Evidentemente el problema que se presenta en materia de autoría es establecer frente a un hecho delictivo en el que varias personas han participado ¿cuál de ellos es el autor y cuáles son los partícipes?.<sup>105</sup>

En tal virtud es necesario citar la definición dada por el maestro DONNA al referirse al autor material o directo como aquel “*sujeto que realiza el hecho delictivo por sí*

---

<sup>104</sup> E. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1982, p.888.

<sup>105</sup>CFR. E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 , p.39.



*sólo, ejercitando una soberanía de configuración por actuación corporal*<sup>106</sup>. Esta definición se refiere a todos los supuestos, actuaciones en que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas; claramente el dominio de la acción es incuestionable, siempre y cuando el sujeto activo haya actuado con dolo y se hayan cumplido los elementos del tipo penal.

Otros de los autores que precisa esta clase de autoría es VICENTE SARMIENTO<sup>107</sup> al mencionar que la autoría material es aquella que en el caso de que un sujeto llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa, tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho delictivo.

De la misma forma EDGARDO ALBERTO DONNA<sup>108</sup> enfatiza que el ejecutar el hecho de propia mano no es condición suficiente, se necesita el cumplimiento de ciertos elementos de la autoría específicos del delito, como el dominio del hecho, la responsabilidad plena, ya que es aquél que sabe el qué, cómo y cuándo se va a realizar el delito y la contribución objetiva al hecho.

Claramente después de analizar las perspectivas de dos autores sobre este tema, se puede decir que el autor directo es quien realiza materialmente, en todo o en parte, el delito; ciertamente este concepto se encuentra implícito en la descripción de sujeto activo que se hace en cada tipo delictivo del Código Penal.

Algunos autores como LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>109</sup> desarrollan el concepto de que las descripciones de los hechos punibles de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal hacen referencia al autor de la manera anónima y singular: “el que”. El autor directo de un delito es aquél a quien un tipo penal del catálogo señala como su realizador, por tanto lo define como él que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito especial.<sup>110</sup> Corroborando esta teoría es esencial mencionar que los delitos especiales son aquellos en los que la posibilidad de ser

---

<sup>106</sup> E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.41.

<sup>107</sup>Cfr. V. SARMIENTO, *El acoso sexual*, (Conferencia) Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, p.15.

<sup>108</sup>Cfr. E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 41.

<sup>109</sup>Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASUA, *La ley y el delito*. Sexta Edición, Buenos Aires, 1973, p. 501.

<sup>110</sup> IBÍDEM

autor material o directo está limitada, restringida a ciertas personas ya sea por su calidad, estado, clase, función, etc.; como por ejemplo un gerente, sacerdote, profesor, médico, juez, etc.<sup>111</sup> Es así que el autor material de estos delitos es el que comete el hecho principal, caracterizado por una calidad particular exigida en el tipo penal descrito en la norma.

Analizando al acoso sexual desde una aspecto netamente positivo es considerado delito especial propio, ya que su autor material o directo es un sujeto calificado, debido a que prevalece de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar conforme lo prescrito en su Art. 511-A del Código Penal solicita favores sexuales para sí o para un tercero provocando en la víctima humillación, intimidación.<sup>112</sup>

De la misma forma ROXIN<sup>113</sup> precisa que el autor material es la figura central, principal del suceso, en este tipo penal como se mencionó anteriormente es la persona que ha solicitado favores de naturaleza sexual, aprovechándose conscientemente de una posición de carácter jerárquicamente superior respecto a la víctima.

### 3.1.2 AUTOR INTELECTUAL O MEDIATO

Antes de continuar con el análisis de la existencia o no de autoría mediata en el delito de acoso sexual, es necesario mencionar qué opinan los expertos sobre la configuración de esta autoría.

Para el Dr. ERNESTO ALBÁN <sup>114</sup> hay ciertamente imprecisión en cuanto a la denominación de esta clase de autores, pues también han sido llamados autores morales, mediatos o motores. Ahora bien, cualquiera de estos nombres puede ser objetado desde algún punto de vista, sin embargo más allá de cualquier nombre, lo

---

<sup>111</sup>Cfr. G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal, Alcances. Modalidades, Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.54.

<sup>112</sup>Cfr. CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005.

<sup>113</sup>Cfr. M. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2002, p.57.

<sup>114</sup> Cfr. E. ALBÁN, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Quito, 2011, p. 170.

importante es establecer cuáles son las condiciones que debe reunir el autor intelectual, según el Código Penal.

Basándose en el Art 42 del Código Penal el ilustre Dr. ALBÁN deduce que la autoría intelectual o mediata debe cumplir con dos requisitos esenciales:

1) Que haya decidido o determinado la realización del delito; es decir, que tenga el dominio de la voluntad; y, 2) que no lo haya ejecutado por sí mismo, sino que haya utilizado a otra persona para su realización; es decir, que no tenga dominio del acto. Cumplidos estos dos requisitos, para efectos de la sanción, el Código lo considera exactamente igual que el autor material.<sup>115</sup>

Es importante remarcar que el artículo en mención establece una doble alternativa en la presentación de la autoría mediata; la cual consiste en que el autor intelectual se haya valido de otra u otras personas, mediante dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo; y además, que el autor intelectual obligue a otro a cometer la infracción mediante violencia física, abuso de autoridad, amenazas u otro medio coercitivo, a pesar de que la fuerza empleada no sea irresistible.<sup>116</sup>

DONNA<sup>117</sup> define al autor intelectual o mediato como aquel que no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos, ya que se sirve del accionar de otra persona o de instrumentos mecánicos, los cuales ejecutan el tipo penal. Esta autoría se caracteriza por usar como instrumento, herramienta, a otro ser humano para la ejecución de un hecho punible que evidentemente se comete con dolo.

Lo que prevalece en la autoría mediata es el dominio que tiene el autor intelectual sobre la voluntad de la otra persona, aprovechándose de la información que tenga ya sea de una mayor inteligencia, de la fuerza o de un estatus diferente.<sup>118</sup>

El hombre de atrás como se le conoce al autor mediato o intelectual tiene el dominio sobre los acontecimientos a llevarse a cabo para el cometimiento del delito, es por eso que él nunca va a colaborar en un hecho ajeno, porque realiza por sí mismo el hecho propio, de manera que su autoría se fundamenta en el dominio del

---

<sup>115</sup> E. ALBÁN, Régimen Penal ..., op.cit, p. 170.

<sup>116</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

<sup>117</sup> E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 46.

<sup>118</sup> IBÍDEM

hecho, tanto objetivamente porque tiene el curso del acontecimiento típico en sus manos, como subjetivamente al conocer y querer el dominio del hecho delictivo.<sup>119</sup>

Varios tratadistas concuerdan que la autoría mediata debe cumplir ciertos elementos para ser considerada como tal y estos son los siguientes:

**1.-El autor mediato es siempre autor y no partícipe**, es por esto que se puede afirmar que el autor intelectual tiene el dominio del hecho, de tal forma que su resultado es imputado al hombre de atrás.**2.-La autoría mediata es una forma de autoría**, por ello debe reunir tanto los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho como los elementos típicos especiales del delito de propia mano y los de los delitos de omisión. **3.-El autor mediato debe tener el dominio del hecho**; esto significa que desde una perspectiva objetiva debe tener en sus manos el curso del acontecimiento típico, y desde un aspecto subjetivo debe tener la voluntad que caracteriza al dominio del hecho. <sup>120</sup>(énfasis añadido)

A continuación se enuncian varios ejemplos donde se evidencia el accionar de esta autoría, tal es el caso que el “*autor intelectual se vale, para cometer el delito, de un sujeto que por error se convierte en autor inmediato y lleva a la víctima la taza de café que el autor mediato ha envenenado*”<sup>121</sup>. Claramente en este ejemplo se observa que el autor intelectual o mediato, a través de engaño, sugestión, imposición, precio, recompensa, dádiva, influencia o empleando cualquier otro medio semejante tendiente a inducir al autor inmediato o instrumento a que realice el hecho delictivo.<sup>122</sup> Lo que se evidencia que en algunos casos, el autor intelectual, mueve a un inimputable a delinquir.

Otro de los ejemplos a mencionar es el caso de una enfermera que creyó estar curando a su paciente, pero en realidad lo estaba matando. En este ejemplo “*el autor mediato es quien sustituyó el remedio que la enfermera suministra diariamente al paciente, por un líquido de alta toxicidad de similar apariencia y en igual dosis, lo cual produjo la muerte del paciente.*”<sup>123</sup> En este caso la enfermera fue usada como un instrumento por el autor

---

<sup>119</sup>Cfr. E. HIRSCH, *Acercas de los límites de la autoría mediata*, Cuarta Edición, Buenos Aires, Depalma, 2002, p.178.

<sup>120</sup> G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal, Alcances. Modalidades, Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.361.

<sup>121</sup>E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1996, p. 222.

<sup>122</sup>L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Volumen I, Caracas, 1946, p.860.

<sup>123</sup>G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal, Alcances. Modalidades, Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.383.

intelectual, ya que ella en su afán por cumplir con sus obligaciones, actuó de forma libre, ignorando por completo los efectos mortales de su accionar.

Además un punto a destacar en este caso es que el autor mediato ni siquiera tenía que realizar conducta alguna con relación a la enfermera, pero lo que si necesitaba conocer eran las tareas que desempeñaba, la clase de medicamentos que administraba al paciente, el horario de la misma, el lugar en donde se guardaban los medicamentos, etc.

Sin duda la responsabilidad penal recae sobre la persona (autor mediato) que indujo a otra persona (herramienta) a que cometa un acto ilícito sin que tenga conciencia de lo que está haciendo, ya que su voluntad está viciada.

EDGARDO DONNA<sup>124</sup> afirma que al ser el delito de acoso sexual un delito especial propio es imposible que exista autoría mediata o intelectual, ya que sólo ciertas personas son considerados autores idóneos en el cometimiento del tipo penal descrito en la norma. Vale recalcar que la autoría en este tipo de delitos está limitada únicamente a las personas cualificadas por los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De tal manera que no cabe el criterio de incluir la autoría del delito de acoso sexual en la esfera de la teoría del dominio del hecho, la cual rige a la autoría mediata.

Contribuyendo a esta afirmación GRACIA MARTIN<sup>125</sup> explica que el autor calificado en un delito especial propio, en este caso el acoso sexual, se encuentra conectado, relacionado directamente con el bien jurídico protegido, libertad sexual.

Frente a esto se hace una gran diferencia entre; los bienes jurídicos primarios cuya violación está al alcance de cualquier persona, y los bienes jurídicos especiales a los que no todas las personas tienen acceso sino ciertos sujetos calificados, idóneos, los cuales cumplen funciones en estructuras limitadas o cerradas. Esta relación entre las personas habilitadas y los bienes jurídicos, GRACIA MARTIN<sup>126</sup> la denomina “*relación de dominio*”, la cual se refiere al poder que tienen ciertos sujetos

---

<sup>124</sup> L. GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Manual de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.333.

<sup>125</sup> IBÍDEM

<sup>126</sup> L. GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Manual de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.334.

sobre determinados bienes jurídicos, la conexión estrecha que hay entre el autor y el bien jurídico, situación que no se da respecto a terceras personas.(énfasis añadido).

Queda claro que el delito de acoso sexual al ser considerado un delito especial propio, en el cual el sujeto que comete el delito es calificado, por consiguiente no se admite la autoría mediata o intelectual, ya que no habría una conexión, una relación de dominio entre el autor mediato y el bien jurídico protegido, ya que este autor a pesar de conocer los hechos no ejecuta ni realiza el hecho delictivo de forma material.

Sin embargo al analizar lo descrito en el artículo referente al acoso sexual, una vez más se evidencia que el tipo penal en mención tiene problemas en sus elementos normativos, ya que se estipula que la solicitud de favores sexuales se requiere para sí o para un tercero, esto deja la puerta abierta a pensar que existiría autoría intelectual; al ver que el autor se sirve de otra persona para que realice la solicitud a su nombre. Sin duda la redacción de éste artículo contradice a la doctrina, respecto de los delitos especiales propios.

A pesar de lo estipulado, la posición que mantengo es firme y coincido con lo que afirma ALBERTO DONNA y GRACIA MARTIN; no puede haber autor intelectual en el delito de acoso sexual, porque es un delito especial, caracterizado por un autor que posee ciertas particularidades, lo cual le permite tener una relación directa con el bien jurídico violentado.

Una vez analizada la autoría damos paso a la coautoría, para GOSSEL<sup>127</sup> ésta figura se limita a los hechos dolosos, es decir, que sólo el tipo penal susceptible de ser cometido con dolo puede constituir base de la coautoría.

Coautor es aquel que tiene ciertas condiciones, caracteres exigidos para configurar al autor; siendo portador de la decisión común referente al hecho y en consecuencia siendo parte de la ejecución del delito. Para mayor comprensión es fundamental que se analice que la decisión común al hecho, se refiere al acuerdo expreso o tácito de la intervención común que debe darse hasta el momento de la consumación del delito, esto significa que cada coautor responde sólo hasta donde

---

<sup>127</sup> Cfr. M. GOSSEL , KARL H Y ZIPF , *Derecho Penal* . Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 367.

se acordó y no habrá responsabilidad sobre el exceso de otro. En cambio la ejecución común del hecho describe que cada coautor es coportador de la decisión común y que con su contribución completa los aportes de los demás, con el fin de configurar un hecho unitario.<sup>128</sup> (énfasis añadido)

Adicionalmente GUILLERMO FIERRO menciona que el “*coautor concurre con otro u otros a la comisión de un hecho delictivo común, sea que cada uno lo realice en su totalidad o que cada uno lleve a cabo una parte de la acción típica o que del mismo modo todos se valgan de otro u otros, que actúan como instrumentos para cometer el hecho*”.<sup>129</sup>

El aspecto subjetivo de la coautoría requiere de un plan común y de una distribución de funciones en la realización de un acuerdo mutuo (acuerdo conjunto); y en cambio en el aspecto objetivo, se requiere que la aportación de cada coautor encierre un determinado grado de importancia (actos ejecutivos conjuntos), de suerte que la colaboración de cada uno de ellos sirva para la realización del plan general.<sup>130</sup> (Énfasis añadido)

La doctrina precisa de la concurrencia de dos presupuestos para la configuración de la coautoría:

1.-**Presupuesto Objetivo:** el plan común para la realización del hecho y que el coautor haya prestado una contribución objetiva a la realización del hecho. 2. **Presupuesto Subjetivo:** que haya tenido el codominio del hecho por acuerdo de voluntades, derivado del carácter conjunto que ha de revestir la ejecución”.<sup>131</sup>

Lo esencial de esta figura es que la acción típica es realizada por dos o más personas, cada una de las cuales toman parte directa en la ejecución de los hechos, por consiguiente todos los sujetos deben tener un dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, previamente acordado.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Cfr. J. GUNTHER, *Derecho Penal*. Parte General, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.730.

<sup>129</sup> G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Alcances. Modalidades. Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.401.

<sup>130</sup> Cfr. C. SALAS, *El iter criminis y los sujetos activos del delito*, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007. p.3

<sup>131</sup> IBÍDEM.

<sup>132</sup> Cfr. C. SALAS, *El iter criminis y los sujetos activos del delito*, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007. p.4.

Respecto a este tema, la jurisprudencia define a la coautoría y además enfatiza en dos supuestos que se presentan en ésta figura:

Son coautores quienes dominan en conjunto funcionalmente el hecho, que se integra en la conducta típica, ese dominio de cada coautor se manifiesta en el papel que le corresponde en función de la división del trabajo derivado de la situación en que se decide conjuntamente ejecutar el hecho delictivo. Sin embargo existen dos supuestos complejos en la coautoría:

**El exceso en la ejecución:** ocurre cuando uno de los coautores se excede de lo que previamente se había pactado, en este supuesto el exceso no debe ser imputado al resto de coautores.

**Coautoría aditiva:** existe cuando varias personas, de común acuerdo, realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva pero sólo alguna o algunas de las acciones producen el resultado. Este supuesto se puede confundir con la participación sucesiva, en la que ya alguien ha dado comienzo a la ejecución del hecho y posteriormente intervienen otros simplemente ratificando lo ya realizado o uniendo sus actos con los del primero para producir el resultado.<sup>133</sup> (énfasis añadido)

Uno de los ejemplos que se va a tratar con el fin de comprender esta figura es un caso referente al delito de robo, “*en este hecho delictivo uno de los coautores rompe la puerta de entrada de la vivienda y se queda vigilando en la calle y el otro ingresa y se apodera de los bienes*”,<sup>134</sup> en este caso hay coautoría ya que se dio una convergencia objetiva y subjetiva entre los concurrentes direccionados a la realización de un hecho común.

Otro de los ejemplos útiles es la falsificación de moneda de curso legal, en la cual es autor o coautor quien realiza el dibujo del billete como quien graba la plancha o quien imprime el papel, aquí se evidencia la concentración del modo de ejecución, la cual hace que deba reputarse a todos coautores del delito que en conjunto ejecutaron. Vale recalcar con otro caso que no sólo son coautores los que apuñalan a la víctima en un callejón, sino también los que la tuvieron, la rodearon impidiendo su defensa o huida, con el fin de ayudar al autor principal en su tarea.<sup>135</sup>

Es así que SIGIFREDO ESPINOSA<sup>136</sup> sostiene que la pena para el coautor será en proporción a la que reciba el autor. La coautoría se encuentra regulada en el

---

<sup>133</sup> S. ESPINOSA PÉREZ, *Coautoría y Complicidad: Diferencias*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2006, p.18.

<sup>134</sup> G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal, Alcances. Modalidades, Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.404.

<sup>135</sup> R. NÚÑEZ. *Derecho Penal Argentino*. Parte General, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.p.284.

<sup>136</sup> S. ESPINOSA PÉREZ, *Coautoría y Complicidad: Diferencias*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2006, p.19.



artículo 23° del Código Penal y señala que cuando varios cometen un hecho común, todos serán reprimidos como autores.<sup>137</sup>

Después del análisis de la coautoría, se argumenta definitivamente que coautor es quien tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización del mutuo acuerdo, sin embargo, en el delito de acoso sexual es muy forzoso que se aplique esta figura, debido a que no se va a poder evidenciar esta división de funciones ni la existencia de la colaboración de dos o más personas de forma expresa o tácita en la solicitud o petición de favores de naturaleza sexual para sí mismo o para un tercero. Claramente no se puede probar la participación en la decisión delictiva en este delito ni tampoco cuales serían sus aportes al hecho para que se complete la realización total del tipo.

### 3.1.3 CÓMPLICE

La complicidad es la intervención que realiza un sujeto en el hecho de otro de forma dolosa, con el objetivo de favorecerlo, sin ostentar el dominio del mismo ni las características de autor idóneo. El cómplice sin duda coopera en la realización de un delito doloso, lo cual permite deducir que no existe complicidad culposa en un hecho ajeno.<sup>138</sup>

Definitivamente el dolo del cómplice implica que el sujeto sabe que presta ayuda a la ejecución de un hecho principal punible, individualmente determinado, el cual va a favorecer que se cumpla con su actuación.

La doctrina destaca que existe dos elementos en la complicidad; la primera se denomina complicidad psíquica o intelectual, es aquella que se manifiesta a través de los consejos, las convicciones proporcionadas al autor principal acerca de la ejecutabilidad de su propósito delictivo, referencias sobre el lugar de los hechos o

---

<sup>137</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005

<sup>138</sup> Cfr. M. GOSSEL, KARL H Y ZIPF, *Derecho Penal*. Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 52.

los movimientos de la víctima; y la segunda la complicidad técnica o física, es aquella ayuda material que proporciona el cómplice al autor.<sup>139</sup>

HANS JESCHECK <sup>140</sup> asevera que no es posible delimitar exactamente ambas figuras, sin embargo es esencial mencionar que la prestación de una ayuda técnica, puede a la vez que el autor tenga conciencia sobre ella, constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y darse una complicidad intelectual. Sin embargo, puede darse el caso que la complicidad física fracase, pero subsiste la complicidad intelectual siempre y cuando el autor esté convencido de la ejecutabilidad de su hecho delictivo. Es así que no es tan común hablar de la impunidad cuando recae sobre la persona la figura de complicidad.

El Código Penal en su Art. 43 define que cómplices son:

Los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.<sup>141</sup>

Además la legislación ecuatoriana en su Código Penal Art. 47 dispone que *“los cómplices serán reprimidos con la mitad de la pena que se les hubiere impuesto en caso de ser autores del delito”*.<sup>142</sup>

Partiendo de esta definición, se discutirá las diversas clases de complicidad; la complicidad primaria y la complicidad secundaria.<sup>143</sup> La primera clase a tratarse es el cómplice primario o cooperador necesario, se denomina así debido a que su contribución o aporte efectuado se da en la etapa de la preparación o ejecución del hecho, actuación fundamental para que se lleve a cabo el delito.<sup>144</sup> En oposición a esta teoría se encuentra otro grupo de la doctrina, que afirman que la complicidad primaria únicamente puede efectuarse en la etapa de preparación, ya que de lo contrario será considerado autor, si su accionar se da en la ejecución del hecho.

---

<sup>139</sup>Cfr. E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 108.

<sup>140</sup> Cfr. H. JESCHECK, Mir Puig y otros, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p.64.

<sup>141</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005.

<sup>142</sup> IBÍDEM

<sup>143</sup> Cfr. E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 112.

<sup>144</sup> Cfr. E. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1982, p.127.

Frente a esto concuerdo con DONNA, al decir que a pesar que el cómplice actúe en la ejecución del delito no puede ser considerado autor porque no tiene dominio del hecho ni es dueño de los acontecimientos.

Un ejemplo claro de esto es el caso de un gerente de un banco que da a los autores del delito de robo, antes de la ejecución, la clave de la cerradura de la caja fuerte, la cual será utilizada por estos en la ejecución del hecho delictivo. Claramente la figura que recae sobre el gerente es la de cómplice primario, según los tratadistas que apoyan la complicidad primaria antes de la ejecución.<sup>145</sup>

Otro es el escenario si el gerente acude con los autores a la ejecución del hecho delictivo, el cual abre la puerta de la caja fuerte aprovechando que conoce la clave; sin duda una de las corrientes lo considerará coautor. Sin embargo esta acepción puede no ser verdad, ya que si el gerente domina el hecho, aún sin concurrir al banco, dando los datos de la cerradura, obviamente será autor. Pero aún concurriendo, si quien domina el hecho es otro, es cómplice sin pensarlo dos veces.<sup>146</sup>

La diferencia entre complicidad y coautoría radica en que el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no tiene dominio del hecho; en cambio el coautor tiene el dominio del hecho y la decisión común de cometer el hecho delictivo.<sup>147</sup>

Respecto a la segunda clase de complicidad, EUGENIO ZAFFARONI<sup>148</sup> afirma que la cooperación en la complicidad secundaria no debe ser necesaria para la comisión del hecho. Esta figura es la que está descrita en el Código Penal ecuatoriano y no la complicidad primaria que se analizó anteriormente.

Con el fin de comprender si la conducta del partícipe es o no demasiado importante o necesaria para la consecución del resultado delictivo, la teoría de los bienes escasos de EUGENIO GIMBERNAT es muy útil para este análisis. Ésta teoría radica en que si se quiere ayudar en un delito, lo único que se sabe en el momento de la contribución o prestación es si el objeto que se entrega al autor es aquel cuya

---

<sup>145</sup> Cfr. E. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 113.

<sup>146</sup> IBÍDEM

<sup>147</sup> Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1986, p.42.

<sup>148</sup> Cfr. E. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1982, p.770.

obtención es complicada o no; si se lo encuentra con facilidad o es sustituible el objeto es abundante, en cambio si se presenta con dificultad su hallazgo, es un objeto escaso.<sup>149</sup>

ZAFFARONI seguidor de esta teoría menciona en su obra el siguiente ejemplo:

A le facilita a B un arma para que mate a su padre (*ex ante*), no cabe duda que en el momento del aporte, no presta una cooperación necesaria sino secundaria, pues el sujeto podría obtener otra arma, claro está que el delito no podría haberse cometido con esa arma, sin embargo la cooperación podría ser necesaria “si el autor no hubiese podido matar a su padre sin armas, ya sea por su gran fortaleza física, por ejemplo, y la única arma disponible la tuviese el cómplice.”<sup>150</sup> (énfasis añadido)

Por consiguiente si el partícipe coopera en el delito con un bien escaso, es cómplice primario o necesario; en cambio si lo que entrega el partícipe es un bien que cualquiera puede conseguir, en tal virtud es un cómplice secundario. Un punto importante a destacar con esta teoría es que los bienes escasos son útiles para los ojos del juzgador para decidir si la aportación del partícipe se presenta *ex ante*, atendiendo al plan del autor, como condición determinada de la realización del delito.

Es verdad que hay parte de la doctrina que defiende la tesis que la complicidad se efectúa únicamente en los actos preparatorios, sin embargo yo afirmo mi posición y concuerdo con los maestros Donna , Jescheck y otros más, que la prestación de ayuda que realiza el cómplice se refiere a una acción preparatoria siempre que el hecho sea punible , un ejemplo común de esto es la indicación que da un sujeto de la dirección de la persona que práctica abortos, pero también cabe la complicidad hasta la terminación material del hecho delictivo.

En el delito de acoso sexual cabe la complicidad secundaria, es así que la doctrina establece que aquellas personas que con abuso de una relación de amistad, de autoridad, de poder, de confianza cooperan en la comisión del delito son considerados cómplices secundarios. No cabe duda que las contribuciones realizadas en favor del autor no sólo son condenadas por el abuso cometido, sino

---

<sup>149</sup> Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1986, p.151.

<sup>150</sup> Cfr. E. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1982, p.398.

que dichas actuaciones son decisivas por la confianza o temor que inspiran en la víctima, por esta razón inminentemente deben ser sancionados.<sup>151</sup>

Un ejemplo de esto se evidencia así; el gerente general de una compañía llena de halagos a su secretaria, le ayuda en aspectos relacionados con su puesto de trabajo, en pocas palabras se convierte en su protector, incluso le aumentó la remuneración de manera exorbitante. A partir de aquí empieza a comportarse como algo más que un jefe; aumenta el número de llamadas, incluso fuera de horario laboral, se da el incremento de requerimientos para ser visitado en su despacho, etc. El gerente general le comenta esta situación a su íntimo amigo, el gerente financiero de la misma compañía y le pide que diariamente él sea la persona indicada que haga las cartas de amor con connotación sexual y le deje en el puesto de la secretaria sin ser visto. La secretaria no sabía quién le dejaba esas cartas, pero sin duda se sentía totalmente intimidada y humillada, cada vez que leía las atrocidades que le escribían.

Posteriormente empiezan hacer explícitas las demandas del gerente general con la secretaria, incluso pasó al chantaje, ya que el gerente financiero recordó a la víctima el apoyo y los favores que ha obtenido del gerente general, y el agradecimiento que espera en compensación de todo lo recibido, e incluso la amenaza sobre la pérdida de su puesto de trabajo.

En este caso se ha palpado la existencia de la complicidad en el delito de acoso sexual; aquí el cómplice hacía y entregaba cartas con connotación sexual a la secretaria, el cual sin duda cooperó para que el gerente general, cumpliera con su objetivo delictivo.

La facilitación de la acción delictiva por parte del gerente financiero fue el punto de conexión entre la complicidad y el delito cometido. Además, en este ejemplo el cómplice cooperó dolosamente para la ejecución de un hecho punible doloso en actos anteriores o simultáneos.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> G. FIERRO, *Teoría de la participación criminal, Alcances. Modalidades, Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.501.

<sup>152</sup> Cfr. C. SALAS, *El iter criminis y los sujetos activos del delito*, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.

### 3.1.4 ENCUBRIDORES

El Dr. Escriche, en su obra *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* dice “*llámese encubridor al que voluntariamente y a sabiendas oculta o encubre la persona de algún delincuente o los instrumentos o efectos del delito ya cometido*”.<sup>153</sup>

El Código Penal ecuatoriano en su artículo 44 estipula que son encubridores:

Los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.<sup>154</sup>

CRISTIAN SALAS<sup>155</sup> y otros tratadistas sostienen que las conductas encubridoras contienen los siguientes requisitos: a) perpetración de un delito, así el encubrimiento se encontraría en una relación de accesibilidad con el mismo delito encubierto, b) conocimiento de la perpetración de un delito, la información debe abarcar al delito concreto realizado, sin que el mismo comprenda la calificación jurídica del delito anterior o su perfección delictiva, c) intervención del encubierto con posterioridad a la perpetración del delito, así, el encubridor interviene cuando el delito ya ha sido cometido y su acción aparece desconectada de la responsabilidad en la que incurren los responsables del mismo, y d) el encubridor no debe haber intervenido en el delito encubierto ni como autor ni como cómplice.

Como se observa el encubridor a diferencia del cómplice, no tiene participación directa ni indirecta en la ejecución del hecho delictivo, por el contrario su participación es imprescindible posteriormente del cometimiento del delito, y se limita a esconder a los delincuentes, a borrar las huellas, a camuflar los instrumentos utilizados en el cometimiento del hecho punible con el fin de que los responsables del delito eludan la justicia; en cambio el cómplice coopera indirectamente siempre antes o simultáneamente en la ejecución del delito. Otra de las diferencias que los tratadistas mencionan es que el encubridor ayuda al autor del delito sin importar si el hecho delictivo tuvo éxito o no, sin influir en hecho

---

<sup>153</sup> J. ESCRICHE, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, p. 446.

<sup>154</sup> CÓDIGO PENAL, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005.

<sup>155</sup> Cfr. C. SALAS, *El iter criminis y los sujetos activos del delito*, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.

criminal, en cambio el cómplice brinda auxilio al autor del crimen, con el objetivo de que se lleve a cabo el delito.<sup>156</sup>

En el acoso sexual la figura del encubrimiento no se aplica, debido a que no se da un favorecimiento real al autor del delito, como la ocultación, alteración o inutilización del cuerpo de la víctima, con el objetivo de impedir su descubrimiento. Además que los efectos provenientes de un hecho delictivo no tienen por qué guardar relación con el bien afectado por éste y, en consecuencia, cuando se presta ayuda para que los responsables se beneficien de ellos, no cabe sostener que se está contribuyendo a la culminación de la lesión de tal bien, debido a que ningún comportamiento posterior puede ya añadir nada a un bien ya lesionado.

---

<sup>156</sup> Cfr. P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p .98.

## CAPÍTULO IV

### CONSUMACIÓN Y TENTATIVA DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL.

### DELITO DE RESULTADO O DE PELIGRO

#### 4.1. CONSUMACIÓN DEL DELITO

El jurista italiano Antolisei, citado por JAIME NÁQUIRA<sup>157</sup> expresa que *“el delito está consumado cuando el hecho concreto responde exacta y enteramente al tipo abstracto, delineado por la ley en una norma incriminadora especial”*.

Un delito llega a consumarse cuando la acción u omisión voluntaria penada por la ley, llega a ejecutarse o cumplirse a cabalidad. GUILLERMO HASSEL<sup>158</sup> explica que el código penal no define con exactitud a la consumación del delito, sin embargo el autor menciona que existe consumación cuando el culpable ha realizado todos los actos de ejecución produciendo como resultado el cometimiento íntegro y formal del mismo.

Es así que existe consumación del delito según GÜNTHER JAKOBS<sup>159</sup> cuando el culpable o responsable de determinado hecho criminal ha llegado a ejecutar todos los actos necesarios o suficientes que se requerían para el cometimiento de la infracción intencional. La consumación del delito por regla general se realiza en forma voluntaria y consciente, y en la mayoría de oportunidades logra el cometimiento de su propósito. Cualquiera de los supuestos delictivos del presente artículo, se perfeccionan en el mismo momento en que se cumpla con los elementos del tipo.

MANUEL GARCÍA<sup>160</sup> explica que el delito consumado se diferencia del delito agotado; en que en éste, el autor consigue realizar la finalidad que perseguía sin

---

<sup>157</sup> J. NÁQUIRA, *El acoso sexual*, Editorial Universidad Católica, Santiago de Chile, 2009, p.17.

<sup>158</sup> Cfr. G. HASSEL, *La consumación y tentativa*, Universidad Católica de Santa Fe, Buenos Aires, p.19.

<sup>159</sup> G. JAKOBS, *Consumación Material en los delitos contra las personas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Madrid, Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 2004, p.5.

<sup>160</sup> Cfr. M. GARCÍA, *El Acoso Sexual*, Editorial UEES, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010, p.23.



importar como lo consiguió, mientras que la consumación implica la realización formal del tipo. En este mismo contexto se razona que un delito está consumado únicamente cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo penal. Adicionalmente ELENA LARRAURI<sup>161</sup> asevera que la consumación del delito no requiere estar agotado o acabado, lo que significa que para que se consuma el delito, la conducta material del sujeto activo no necesita proseguir más allá de la realización de los elementos normativos del tipo penal.

El Tribunal Supremo Español en sentencia de 29 de marzo de 1986 sostiene que la consumación es la ejecución de alguna cosa hasta su conclusión. O bien, conforme a la doctrina es el compuesto por la conjunción de todos los requisitos que requiere el tipo (S.T.S. de 2 de junio de 1924); es decir, que la consumación delictiva radica en la ejecución cabal de todos los elementos subjetivos y objetivos que integran los diversos delitos previstos en el Código.<sup>162</sup>

La consumación del delito de acoso sexual se efectúa con la formulación de la solicitud y la amenaza, de no verse satisfecha la misma, causa un mal inminente. Precisamente por ello, no admite formas imperfectas de ejecución, ni precisa para su consumación que el deseo sexual, cuya satisfacción se solicita, se vea satisfecho. El delito de acoso sexual al ser un delito de mera actividad, necesita tanto de la solicitud y el anuncio de un mal, la mera solicitud, pero seguida del correspondiente predominio de la amenaza, de lo contrario sería insuficiente para su efectiva sanción.<sup>163</sup>

El penalista JORGE AGUIRRE MONTENEGRO<sup>164</sup> al comentar que la consumación del delito es un concepto puramente formal y que existe esta cuando se da cumplimiento a todos los elementos del tipo penal (según su diversa conformación típica), añade que se efectúa la consumación cuando se lesiona el bien jurídico protegido.

---

<sup>161</sup> Cfr. E. LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual: Una primera valoración*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 17.

<sup>162</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, resolución 29 de marzo de 1986.

<sup>163</sup> Cfr. E. LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual: Una primera valoración*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 17.

<sup>164</sup> J. AGUIRRE MONTENEGRO, *La Consumación*, Universidad Católica de Santa Fe, Buenos Aires, 2009, p.56.

Respecto a esto el profesor JUAN ARÁNZAZU<sup>165</sup> sostiene que el delito de acoso sexual previsto en el código penal llega a consumarse cuando la libertad sexual del sujeto pasivo se ha visto meramente puesta en peligro por el sujeto activo a través de la solicitud de favores de naturaleza sexual. No se requiere para que éste se consuma que el sujeto activo prolongue su actividad ofensiva en forma continua, persiguiendo a la víctima con sus proposiciones deshonestas o haciéndola objeto de actos impúdicos o insinuaciones lujuriosas. Basta la peligrosidad de la conducta que se supone inherente a la acción para que se considere consumado el delito.

La mera actividad del delito de acoso sexual permite que la consumación se adelante a un momento anterior, por eso basta con la realización de la conducta típica para que se consuma el delito.

Por otra parte PILAR CORTÉS manifiesta que siempre que *“la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado. Un delito está consumado únicamente cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo, por tanto la consumación es la última etapa del "iter criminis"”*.<sup>166</sup>

Es así que MANUEL OSORIO<sup>167</sup> aporta que la última etapa del iter criminis del acoso sexual tiene lugar en el momento en que llega a conocimiento de la víctima la petición sexual bajo el anuncio del mal relacionado con las legítimas expectativas. El autor en mención asegura que el acoso sexual es eminentemente formal, por tanto debe cumplirse a cabalidad todo lo preceptuado en el artículo 511 del Código Penal; este delito no requiere estar agotado o acabado, lo que significa que para que la consumación tenga lugar, la conducta material del sujeto no necesita proseguir más allá de la realización de las exigencias objetivas del presente tipo penal.<sup>168</sup>

## 4.2 DELITO DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD

---

<sup>165</sup> Cfr. J. ARÁNZAZU, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Espasa, Madrid, 2007, p.223.

<sup>166</sup> P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p.402.

<sup>167</sup> M. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Trigésima Tercera Edición, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 277.

<sup>168</sup> Cfr. G. HASSEL, *La consumación y tentativa*, Universidad Católica de Santa Fe, Buenos Aires, p.22.

Al delito se lo considera como una acción u omisión voluntaria o imprudente que se encuentra penada por la ley, el cual supone un quebrantamiento de las normas y acarrea un castigo para el responsable.

Es así que los tipos penales se clasifican en función de la realización y de la relación que existe entre acción y objeto de la acción. Todo delito está formado por el desvalor de la acción, esto significa que se retrae una acción destinada a la lesión de un bien jurídico, y por el desvalor del resultado. En virtud de esto existen dos tipos de delitos que son; los delitos de resultado y los delitos de mera actividad.<sup>169</sup>

MARCEL RIQUERT al respecto realiza una división de los tipos penales que se presentan a continuación:

La realización de la conducta prohibida, por ejemplo, el falso testimonio en los que no se requiere un resultado potencial o efectivo que se separe de la acción del autor, son aquellos **delitos de simple actividad**, en los que no se exige el daño, basta que el bien jurídico protegido haya sido puesto en peligro. En cambio otro tipo de delito son los **delitos de resultado**, los cuales sufren una modificación sensible del mundo exterior y hay una separación temporal con la acción del sujeto. Estos delitos pueden consistir en una “lesión” del bien jurídico mediante el daño o la modificación del objeto material (en el homicidio, la muerte; en el robo, la afectación patrimonial).<sup>170</sup> (énfasis añadido)

Los Delitos de resultado son aquellos tipos penales donde no es suficiente la exteriorización de la voluntad sino que la conducta incluye la producción de un resultado como consecuencia.<sup>171</sup> En este caso el legislador redacta un resultado al que puede llegarse vía acción u omisión, situación que evidencia una relación de acción-resultado. En los delitos de resultado existe el problema de la causalidad, para adecuar el resultado producido al comportamiento realizado cuando éste se dilata en el tiempo o en el espacio, o intervienen otras circunstancias.<sup>172</sup>

Claros ejemplos de este tipo de delito son; el asesinato cuyo tipo exige la producción de un resultado que es dar la muerte; otro es la estafa que requiere la presencia de un perjuicio patrimonial; los daños y las lesiones, del menoscabo de los bienes o de la integridad corporal, respectivamente y el hurto ya que no se

---

<sup>169</sup>Cfr. S. MIR PUIG, *Revisión de la teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho*, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, Barcelona, 2001, p.40.

<sup>170</sup> Cfr. M. RIQUERT, *Crisis Penal, Política Criminal, Globalización y Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 62.

<sup>171</sup> L. JIMÉNEZ DE AZUA, *Principios Del Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p.578.

<sup>172</sup> Cfr. A. ZAMBRANO PASQUEL, *Teoría del Delito y la Tentativa*, Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2010, p.73.

consume con coger la cosa, sino con tener disponibilidad de ella, que es posterior, se diferencia en el espacio y el tiempo de la acción, ya que primero se toma la cosa y después se dispone de ella.<sup>173</sup>

Otro de los tipos de delito a tratarse son los delitos de mera actividad o de peligro abstracto, el cual se caracteriza según la doctrina por una ausencia de resultado, esto significa que la mera acción consume el delito.<sup>174</sup> El legislador cuando incluye estos delitos en la normativa tiene como fin sancionar una acción sin resultado físico, material, con el objetivo de proteger los bienes jurídicos inmateriales como el honor, la imagen, la libertad, etc.

No cabe duda que este delito es esencialmente doloso y resulta fundamental el propósito, el ánimo, el móvil del sujeto para poder determinar si hay responsabilidad penal.

El doctor MANUEL OSSORIO<sup>175</sup> establece que para la configuración del delito de mera actividad o peligro abstracto no se requiere de la producción de un daño como resultado, siendo suficiente con que se haga correr un determinado riesgo al bien jurídico protegido por la norma. Precisa que este delito no incluye necesariamente un daño, pero crea un riesgo evidente para las personas, el cual se ve reflejado en la vulneración del bien jurídico protegido.

A pesar que para cierto grupo de la doctrina no existe la figura de resultado en el delito de mera actividad, para PILAR CORTÉS<sup>176</sup> el resultado delictivo es el peligro presunto corrido por el bien jurídico tutelado por la norma penal.

En tal virtud se corrobora las palabras del RODRÍGUEZ DEVESA<sup>177</sup>, al decir que la naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración **ex ante**, porque el peligro existe en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción del sujeto, por

---

<sup>173</sup> Cfr. J.GUNTHER, *Sobre la Teoría de la Pena*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia., 1998, p.34.

<sup>174</sup> Cfr. M. ACALE SÁNCHEZ, *Consecuencias de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado*, Granada, Comares, 2003, p.9.

<sup>175</sup> M. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Trigésima Tercera Edición, Buenos Aires, Heliasta, 2008, Página 929.

<sup>176</sup> Cfr. P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p. 405.

<sup>177</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Editorial Ariel, Madrid, Cuarta Edición, 2002, P. 46.

consiguiente un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula **ex post**. El delito de mera actividad no comporta la destrucción, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca. (énfasis añadido)

A diferencia de los delitos de resultado, en este tipo de delito no se analiza de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización del delito ni las relacionadas con su prescripción, ya que no plantean problemas con relación a ellas, como sí sucede en los delitos de resultado, en los que es fundamental saber en qué momento y en qué espacio se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor.<sup>178</sup>

Después de este análisis es pertinente decir que el acoso sexual es un delito de mera actividad o peligro, debido a que la agresión de contenido sexual que configura el acoso es preparatoria y es punible por haberse puesto en peligro el bien jurídico, libertad sexual, objeto de la protección jurídica penal. En el tipo penal de acoso sexual se presupone la existencia de un derecho, desde que se prueba la existencia de los hechos de la conducta ofensiva, que son la solicitud de favores sexuales.

La mayoría de la doctrina ha concluido que el delito de acoso sexual es de mera actividad y por ello no es necesario que el sujeto busque la situación objetiva y grave de hostilidad, humillación o intimidación, aunque, como condición objetiva de penalidad, ha de concurrir para la sanción de la conducta como delito de acoso sexual.

#### **4.3. TENTATIVA DEL DELITO**

El artículo 16 del CÓDIGO PENAL<sup>179</sup> en su primer inciso dispone que: *“Quien práctica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”*.

Siguiendo el planteamiento doctrinario del Doctor ERNESTO ALBÁN<sup>180</sup>, la tentativa en el Código Penal ecuatoriano exige los siguientes elementos: a) idoneidad de los actos realizados, idoneidad es la aptitud de un acto para producir un

---

<sup>178</sup> Cfr. M. ACALE SÁNCHEZ, *Consecuencias de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado*, Granada, Comares, 2003, p.11.

<sup>179</sup> LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL QUE TIPIFICA LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD, Registro Oficial No. 45, Jueves 23 de junio del 2005.

<sup>180</sup> Cfr. E. ALBÁN, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Quito, 2009, p. 152.

resultado, b) actos conducentes de modo inequívocos, c) la realización de un delito, los actos deben estar dirigidos a la realización de un hecho delictivo determinado, lo cual deberá establecerse a través del análisis de los actos idóneos e inequívocos, d) si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica, significa que la ejecución se interrumpe antes de que haya concluido, e) no se efectivizó por causa ajena a la voluntad del agente, en este sentido el artículo 16 del Código Penal no señala expresamente este elemento como integrante de la tentativa.

PILAR CORTÉS<sup>181</sup> asevera que hay tentativa cuando el sujeto inicia la ejecución de un delito, practicando los actos que objetivamente deberían producir el resultado, sin embargo, éste no se produce por causas independientes y externas a la voluntad del autor. En consecuencia la acción dolosa no es solamente punible cuando se dan todos los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo, obteniendo el resultado deseado por parte del autor del delito, sino que en determinadas circunstancias aun faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que se califica como tentativa.<sup>182</sup>

El TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA en resolución del 29 de enero de 1991 explica que para la existencia de la tentativa es necesario que se verifique las siguientes circunstancias:

*Una resolución directa*, es decir debe existir por parte del sujeto activo la intención positiva de irrogar daño al sujeto pasivo que en este caso es la víctima, hay por parte del primero el expreso deseo de vulnerar el bien jurídico protegido del segundo, **la ejecución idónea** persigue como objetivo la realización del hecho, por tanto intenta crear el mejor escenario para el cometimiento de este acto, busca la producción del resultado pudiendo esta ser total o parcial (sólo puede entenderse como producida cuando realmente se han llevado a cabo todos los actos necesarios para la producción del resultado) y finalmente la **falta de producción del resultado delictivo**.<sup>183</sup> (énfasis añadido).

En vista de que la tentativa se aplica en los delitos de resultado; al ser el tipo penal acoso sexual un delito de mera actividad o peligro abstracto, en el cual la agresión de contenido sexual que sufre el sujeto pasivo al momento en que se le solicita que realice favores de naturaleza sexual es considerada una actuación

---

<sup>181</sup> Cfr. P. CORTÉS, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007, p. 402.

<sup>182</sup> Cfr. A. ZAMBRANO PASQUEL, *Teoría del Delito y la Tentativa*, Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2010, p.75.

<sup>183</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, resolución del 29 de enero de 1991

preparatoria que no comporta la destrucción de un bien jurídico, sino crea un contexto peligroso para el bien jurídico protegido, libertad sexual. Por lo tanto no cabe la tentativa en el presente tipo penal, ya que ésta sólo se produce en los delitos de resultado y no de mera actividad.

## CAPÍTULO V

### JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

#### 5.1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Se debe tener presente que la jurisprudencia, es un elemento importante de la ciencia del Derecho, pues constituye una norma de juicio en la aplicación de la ley.

En general, se entiende por Jurisprudencia *“al criterio uniforme manifestado reiteradamente en la aplicación del Derecho por un tribunal supremo y contenido en sus sentencias”*.<sup>184</sup>

Algunas estadísticas se refleja que en el 2006 la POLICÍA JUDICIAL<sup>185</sup> registró a nivel nacional 2459 casos por violencia sexual; mientras que la Unidad de Estadísticas del Ministerio Fiscal, en el 2005 registró un total de 8735 denuncias sobre delitos sexuales, de los cuales 368 son por acoso sexual equivalente al 4.21%.

Especial consideración merece que en el 2006, en lo referente al despido intempestivo por acoso se presentaron 65 denuncias<sup>186</sup>. Existe una denuncia en la que la víctima argumenta el acoso sexual como la causa de su despido. De acuerdo al Departamento de Inspección del Ministerio de Trabajo, se considera que en vista de que en la Fiscalía existe la Unidad de Delitos Sexuales en la que se reciben denuncias de acoso, el número de denuncias presentadas por esta causa en el Ministerio de Trabajo es bajo. Para determinar el acoso se ha tomado en cuenta el hostigamiento o maltrato físico o psicológico del que hayan sido víctimas las trabajadoras.

---

<sup>184</sup>M. SÁNCHEZ ZURATY, *Diccionario Básico de Derecho. Tomo II*, p. 127. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2001, p. 37.

<sup>185</sup>ROCÍO ROSERO GARCÉS, Quito, *Grupo de Trabajo Inter-agencial de Género (GTI-G) del Sistema de Naciones Unidas del Ecuador Diagnóstico-país relativo a género y derechos humanos de las mujeres ecuatorianas*, diciembre de 2007, p.26

<sup>186</sup>SEXTO Y SÉPTIMO INFORMES OFICIALES CONSOLIDADOS DEL ECUADOR PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Quito, diciembre de 2006, p.14.



Entre los años 2005- 2006 en Manabí se registraron 21 denuncias por acoso sexual, tal cual lo recoge el Diario, periódico de amplia circulación de ese lugar.<sup>187</sup>

Según la Dirección Nacional de la Policía Judicial, en el periodo 2008-2009<sup>188</sup> en la provincia de Guayas, hubo 221 detenidos por acoso sexual, una cifra que se ha reducido en comparación con años anteriores.

En este sentido, es necesario precisar que con respecto al acoso sexual aún no se tiene un determinado repertorio de sentencias que versen sobre este tipo penal, existen pocas sentencias sobre este tipo penal, las cuales aún no constituyen precedente jurisprudencial obligatorio.

## **ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN NO. 20- 2005 DEL REGISTRO OFICIAL 26 DE JULIO DEL 2006**

### **SINOPSIS DEL CASO**

El 19 de mayo del año 2003, a las 08h00 el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, dicta sentencia, condenatoria declarando a Víctor Hugo Manuel Montalván autor y responsable del delito de acoso sexual en la persona de la ofendida Rita Elizabeth Japón Armijos.

Conforme consta en la presente resolución el acusado Víctor Hugo Manuel Montalván como Rector del Colegio Técnico Agrícola Daniel Martínez Ordóñez había llevado a trabajar ofreciéndole nombramiento a cambio de favores sexuales. , por lo que el Tribunal condena sobre la base de los testimonios de Luz María Vásquez y Guillermina Iralda Saetama Vásquez, quienes "desde una lomita donde existe un árbol que da a la parte posterior del Colegio, vieron que el señor Rector quería abrazar y besar a Rita y ella se mezquinaba, que luego continuaron su camino"; la primera de las nombradas recuerda que la madre de Rita le pidió que le ayudara a buscarla y al pasar por el Colegio Daniel Martínez, estuvo abierta la puerta, por cuya razón ingresó y encontró al acusado que abrasando a Rita Japón y tratando de besarla; aseguran las declarantes que la víctima laboró en el Colegio por

---

<sup>187</sup>EL DIARIO.EC, Jueves, 6 Julio 2006 20:45 Disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/3185-estadistica-policia-no-refleja-realidad/>

<sup>188</sup>DIRECCIÓN NACIONAL DE LA POLICÍA JUDICIAL, en el periodo 2008-2009.

más de un año en la sección diurna y nocturna y que cuando el Ing. Montalbán viajaba a Loja le cuidaba sus pollos y chanchos.

Se le impuso una pena de seis meses de prisión correccional, según lo previsto y sancionado por el innumerado agregado después del Art. 511 del Código Penal, la misma que ha sido notificada el 19 de mayo del 2003.

Luego, Víctor Hugo Manuel Montalván ante la sentencia condenatoria que recibió y en virtud que se le negó el pedido de ampliación, se ha interpuesto por parte del condenado el recurso de casación, el mismo que ha sido debidamente tramitado en la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (hoy, Corte Nacional de Justicia), la misma que se encontraba integrada por los doctores Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor, MSc. y José Robayo.

## **ANÁLISIS DE LOS HECHOS**

La señora Ministra Fiscal General del Estado, contestando al traslado de la fundamentación del recurso, afirma que el Agente Fiscal ha iniciado una instrucción inobservando lo dispuesto en los Arts. 42, 45, 46 y 47 inc. último, y Art. 50 del Código de Procedimiento Penal, en vista de esto no tiene fundamento alguno por cuanto el acoso sexual es un delito de acción pública de instancia oficial que no requiere denuncia para iniciar el proceso; que no corresponde a la casación una nueva valoración de la prueba que es en definitiva lo que aspira el recurrente.

Sin embargo, al revisar la sentencia, los hechos que se imputan al recurrente son de acoso sexual a Rita Japón, a quien el acusado como Rector del Colegio Técnico Agrícola Daniel Martínez Ordóñez había llevado a trabajar ofreciéndole nombramiento a cambio de favores sexuales, por lo que el Tribunal condena sobre la base de los testimonios de Luz María Vásquez y Guillermina Iralda Saetama Vásquez, quienes "desde una lomita donde existe un árbol que da a la parte posterior del Colegio, vieron que el señor Rector quería abrazar y besar a Rita y ella se mezquinaba, que luego continuaron su camino"; la primera de las nombradas recuerda que la madre de Rita le pidió que le ayudara a buscarla y al pasar por el Colegio Daniel Martínez, estuvo abierta la puerta, por cuya razón ingresó y encontró al acusado que abrazaba a Rita Japón y trataba de besarla; aseguran las declarantes

que la víctima laboró en el Colegio por más de un año en la sección diurna y nocturna y que cuando el Ing. Montalbán viajaba a Loja le cuidaba sus pollos y chanchos.

También hace referencia al testimonio de Gonzalo Benjamín Santos, Secretario del colegio, quien dice que Rita Japón trabajaba sin nombramiento, que fue llevada por el Rector Montalbán quien le había ofrecido nombramiento; testimonios que coinciden con lo afirmado por la ofendida, constituyendo la base legal y motivación de la sentencia condenatoria, en virtud de lo cual pide que se rechace el recurso interpuesto.

## **ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN**

Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese.<sup>189</sup> (énfasis añadido)

Al fundamentar el recurso, el condenado Víctor Hugo Manuel Montalbán afirma que en el proceso no hay constancia de que haya solicitado favores sexuales para sí ni para terceras personas; sin embargo, el Tribunal Penal de Zamora en el considerando quinto, destaca que el Agente Fiscal, solicitó, presentó, incorporó y judicializó las pruebas de cargo en contra del sentenciado, éstas son:

a) Acta de reconocimiento del lugar donde se ha cometido la infracción; b) Testimonios de Luz María Vásquez y Guillermina Iralda Saetama Vásquez, c) El testimonio de Gonzalo Benjamín Santos, Secretario del Colegio, quien afirma que la señorita Rita Japón fue llevada por el Rector Ing. Víctor Hugo Montalbán para que laborara en la Secretaría por más de un año.

El recurrente considera indebido el proceso penal por falta de la denuncia de la ofendida, alegación que es infundada por cuanto el acoso sexual no es delito de acción privada de instancia particular que son los únicos que requieren de la denuncia del ofendido para que el Fiscal indague o instruya la causa.

---

<sup>189</sup>RESOLUCIÓN N° 20-2005 DE FECHA 4 de enero de 2006, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, (hoy, Corte Nacional de Justicia).

La casación es un recurso que opera cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente, circunstancias que en el presente caso no aparecen.

## **5.2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: 8805 / FECHA: 27 DE OCTUBRE DE 2000 DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

#### **SINOPSIS DEL CASO**

Reclamación contra sentencia que deja imprejuzgada la demanda de tutela de derechos fundamentales por considerar que no es competencia del orden social. Solicita la trabajadora que se declare haber sido víctima de una situación de acoso sexual por un directivo y se condene solidariamente a la empresa y directivo a cesar en la conducta y pagarle una indemnización por daños morales. Competencia del orden social.

#### **ANÁLISIS DE LOS HECHOS**

Recorre en suplicación la parte actora, contra la sentencia de instancia que desestima la demanda de tutela de derechos fundamentales, en la que la trabajadora accionante solicita que se declare que ha sido víctima de una situación de acoso sexual por parte de un directivo de la empresa, y se condene solidariamente a la empresa y al directivo codemandado a cesar inmediatamente en esta conducta y a pagarle una indemnización de 10.000.000 de ptas.(equivalente a 60.000,00 dólares americanos) por daños morales; además condenando a la empresa a reponerla en su puesto de trabajo y funciones anteriores y sobre todo a garantizar que no tenga ningún tipo de contacto ni relación con aquel directivo.

El Juez Sebastián Moralo Gallego en su resolución al amparo del párrafo a del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral formula el primer motivo del recurso, en el que establece una infracción del art. 97.2º de la Ley de Procedimiento

Laboral, además la nulidad de la sentencia porque no se han establecido en la misma los hechos que se estiman probados, quedando sin valoración y análisis la prueba practicada al objeto de demostrar la existencia de una situación de acoso sexual por parte del directivo de la empresa codemandado.<sup>190</sup>

La lectura del relato histórico de la sentencia obliga a afirmar que la Juez "a quo" no se pronuncia en realidad sobre los hechos controvertidos que considera o no acreditados, sino que se limita a transcribir el resultado de las pruebas de confesión y testimonios practicados en el acto de juicio, con lo que no cumple la exigencia del art. 97.2º de la Ley de Procedimiento Laboral que requiere que la sentencia declare "expresamente" los hechos que estime probados; esto es, que se haga la necesaria valoración del resultado de la prueba para concluir en base a ello cuales son los hechos que se tienen por acreditados, lo que implica un expreso pronunciamiento al respecto que no puede entenderse cumplido con la simple transcripción de lo manifestado por testigos y confesantes, que el Tribunal no podría ni tan siquiera entrar luego a valorar por corresponder en exclusiva al juez de instancia la apreciación de una prueba de esta naturaleza.

En sentido contrario, expresa el juez Sebastián Morelo Gallego en la presente resolución que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de febrero de 1999 admite sin pensar la competencia de este orden para conocer de la acción dirigida contra un directivo de la empresa por acoso sexual; al igual que las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de canarias (Las Palmas) de 1 de octubre de 1.998 y 7 de noviembre de 1.997, y las del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de marzo y 6 de abril de 1.998.<sup>191</sup>

## **ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por E.J.B. contra la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 1.999 dictada por el Juzgado de lo Social 20 de los de Barcelona, en el procedimiento número 976/99, seguido en virtud de demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por la recurrente contra TYROLIT ESPAÑOLA, SA y E.T.A., y en consecuencia, debemos declarar y declaramos la nulidad de la misma, para que se dicte nueva sentencia que, partiendo de la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción ejercitada contra el trabajador

---

<sup>190</sup> BDB TSJ CATALUÑA 35994/2000, Fecha: 27 de octubre de 2000, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Penal, Ponente: Sebastián Moralo Gallego, Sentencia: 8805 / 2000, Rollo: 572.

<sup>191</sup> IBÍDEM

codemandado, se entre a conocer y resolver sobre la misma, estableciendo expresamente a tal efecto el relato de hechos probados necesarios para la resolución de esta cuestión. Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias. Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.<sup>192</sup>

En el análisis de esta sentencia concurre la singular circunstancia de que la sentencia declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada contra el directivo de la empresa codemandado, y con esta base, de forma expresa indica en su segundo fundamento jurídico que toda la prueba larga y detallada que se ha practicado en la oralmente no se valore ni se entre a analizar. Sin duda esto dejó aún lado los hechos relacionados con el acoso sexual que relata la parte actora en la demanda.

Se ha limitado la juez a quo a pronunciarse únicamente sobre la actuación llevada a cabo por la empresa a partir del momento en el que la trabajadora denuncia la existencia del acoso sexual, pero no sobre la posible existencia del acoso sexual en sí mismo.

Esta resolución presenta la insalvable situación de que la sentencia intencionadamente no se pronuncia sobre si realmente se han probado o no los hechos relativos al acoso sexual que la trabajadora hace constar en su demanda, dándose la circunstancia de que las únicas pruebas practicadas al efecto en el acto de juicio son las de confesión y testifical, -como es lógico ante el carácter de estos hechos , en cuya valoración ni tan siquiera puede entrar este Tribunal, por estar reservada en exclusiva esta potestad al juzgador de instancia dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación.

## **JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

### **CASACIÓN NO. 26157 P/.FRANZ AUGUSTO LAGOS GRISALES**

#### **SINOPSIS DEL CASO**

---

<sup>192</sup> ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: 8805 / FECHA: 27 DE OCTUBRE DE 2000 DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

Referidos en la denuncia presentada el 23 de agosto de 2001 por Sandra Sarria Restrepo, se contraen a los actos ejecutados contra ella por **FRANZ AUGUSTO LAGOS GRISALES** durante un año de los dos que laboró en la empresa “POSTERGRAF” de la ciudad de Pereira, quien aprovechando su condición de jefe dispuso la ubicación de una cámara de video en el baño de las mujeres, los cual consideró la señorita Restrepo como invasión de su intimidad y constitutivo de acoso sexual.

La Fiscalía de primera instancia formuló resolución de acusación el 22 de agosto de 2003, la decisión fue confirmada en segunda instancia el 29 de enero de 2004.

El Juez Penal Municipal de Descongestión de Pereira profirió condena de multa el 8 de septiembre de 2005. A instancias de la defensa del procesado, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira revocó la condena el 7 de abril de 2006. La parte civil interpuso recurso de casación excepcional que fue admitido mediante auto del 18 de octubre de 2006 (fs. 5 – 14), el pasado 13 de junio de 2008 la Procuradora rindió concepto (Fs. 25– 31 cuaderno de la Corte).<sup>193</sup>

## **ANÁLISIS DE LOS HECHOS**

Dentro de la limitación que impone el recurso extraordinario de casación, es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver la impugnación propuesta por el representante de la parte civil contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 600 de 2000 y sin perjuicio del poder oficioso que le confiere el artículo 216 en concordancia con el artículo 206 y el numeral tercero del artículo 207 ib. Único.

El Magistrado explica que la Constitución Política en su parte dogmática protege el derecho a la vida, prohíbe las torturas, protege la igualdad, la personalidad, el libre desarrollo de la personalidad, prohíbe la esclavitud y la servidumbre; protege las libertades de conciencia, de culto, de opinión, el derecho a la honra, a la paz, al trabajo, al aprendizaje, a la libertad, a la inmunidad personal, y

---

<sup>193</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero, Aprobado acta No. 207, Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil ocho (2008).

aunque no debiera decirlo porque el presupuesto es la igualdad de género en la medida que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, en el artículo 43 ib., protege de manera preferencial a la mujer del sometimiento a cualquier clase de discriminación, tanto como protege los derechos a una “vivienda digna” (artículo 51) y traza unos principios fundamentales para asegurar y proteger el “derecho al trabajo” (artículo 53). Esos valores fundamentales del Estado democrático y participativo los desarrolla el derecho penal cuando, en virtud del poder de configuración legislativa, el Congreso de la República elevó a la categoría de delito las conductas de violación en el lugar de trabajo, violación de habitación ajena (artículo 191 del C. P., en concordancia con el artículo 189), y a partir de ello la Administración de Justicia está conminada a garantizar el respeto por la privacidad, que el fuero íntimo del ser humano se preserve en el ámbito laboral, como garantía intangible de la libertad individual a que la víctima tiene derecho.<sup>194</sup> (énfasis añadido)

En la presente resolución queda demostrado que el señor **FRANZ AUGUSTO LAGOS GRISALES**, aprovechando su condición de jefe avasalló la intimidad de la funcionaria, tomó imágenes y videos de partes íntimas de su cuerpo, llegando al extremo de ubicar, ocultar una cámara (conectada a su computadora personal) en el baño de las mujeres para rastrear los movimientos íntimos a los que tenía y tiene derecho la persona, por tratarse de espacios no susceptibles del asedio: la habitación ajena, el lugar de trabajo, el retrete. Sandra Sarria Restrepo contó que era la asistente del gerente de la empresa y que su jefe realizó una serie de actos contra su libertad individual, acoso sexual, consistentes en tomar fotografías de su imagen, disponer la ubicación de una cámara de video en el baño, arrinconamientos físicos con el fin de tocarla y acariciar su cuerpo, por lo que se vio obligada a renunciar al trabajo (véase sentencia de primera instancia).<sup>195</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>194</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero, Aprobado acta No. 207, Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil ocho (2008).

<sup>195</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero, Aprobado acta No. 207, Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil ocho (2008).



En relación con aquel tipo de comportamientos declaró Luis Fernando Salazar, empleado de la empresa, lo siguiente:

...una vez cuando yo entré a la oficina lo sorprendí mirando unas fotografías de Sandra, en la pantallita de la cámara, eran fotografías que le hacía cuando ella iba caminando, eran tomadas por detrás, o eran tomadas de frente, o por las piernas... (Fl. 378 Sentencia de primera instancia), ...esa cámara la colocaba él debajo del escritorio para cuando Sandra entrara a realizar sus funciones ahí en la oficina al tomarle fotos. Eso es una cámara fotográfica digital, que se enfoca como en el objetivo y ella toma las fotografías, creo que quedan grabadas en diskette y luego se bajan al computador, yo esa cámara si la conocí, también escuché que él la perseguía, que en una ocasión se encontraron en un cuarto donde se trabaja o se revela el color, ahí él la arrinconó a su cuerpo...(fl. 379 sentencia de primera instancia).

El juez de primera instancia concluyó que el procesado es responsable de la violación en lugar de trabajo (artículo 191 ib.) porque de manera clandestina... *“no sólo grabó aspectos de la vida privada e íntima de Sandra Sarria Restrepo... sino que violó la intimidad que se debe guardar en esta clase de lugares y por sobretodo realizó estas actuaciones en el lugar de trabajo y la fotografió sin su conocimiento”*.<sup>196</sup>

Por lo anterior, la Sala encuentra que le asiste toda la razón a la delegada cuando inclina la interpretación de las normas sustanciales objeto de censura en favor de la garantía del derecho de la trabajadora de preservar su intimidad en el ámbito del trabajo de conductas que subyugan ese fuero.<sup>197</sup>

## ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

Es errónea la interpretación de las normas a la manera como lo hizo el Tribunal (artículos 191 y 189 del Código Penal). La perspectiva correcta, tanto desde la óptica del juicio de reproche como de la interpretación teleológica del derecho, es la que hizo el juzgado de primera instancia.

El cargo prospera. En mérito de lo dicho **la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley**, resolvió: 1.- **CASAR** la sentencia del 7 de abril de 2006 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira. 2.- **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Penal Municipal de

---

<sup>196</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero, Aprobado acta No. 207, Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil ocho (2008).

<sup>197</sup> IBÍDEM

Descongestión de Pereira el 8 de septiembre de 2005 mediante la cual condenó a **FRANZ AUGUSTO LAGOS GRISALES** a la pena de multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Dirección Nacional del Tesoro Nacional (Conc. artículo 42 de la Ley 599 de 2000); por perjuicios morales la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y al pago solidario de perjuicios materiales a favor de la víctima en cuantía de setenta y tres punto sesenta y tres (73.63) salarios mínimos legales mensuales vigentes como se expresa en el numeral 5° de la sentencia referida. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

## CONCLUSIONES

Después de haber efectuado un estudio prolijo sobre el Tema EL PROBLEMA JURÍDICO DEL TIPO PENAL ACOSO SEXUAL DERIVADO DE SUS ELEMENTOS NORMATIVOS, el objetivo principal de este trabajo fue demostrar las inconsistencias jurídicas que conforman el tipo penal acoso sexual y las consecuencias negativas que derivan de la aplicación de esta norma jurídica. Es así que la indeterminación del verbo nuclear, la redacción ambigua de las conductas que constituyen favores de naturaleza sexual, la incorrecta aplicación de un sujeto activo calificado y la desproporcionalidad entre el delito y la pena, para este tipo penal son los mayores problemas que generan en inconsistencias jurídicas, las cuales deberán estar sujetas a una reforma legal.

La indeterminación del verbo nuclear, solicitar, conlleva a pensar que dicha petición se da por escrito, de forma oral o a través de otros medios que evidencien este requerimiento, provocando un amplia interpretación del verbo nuclear del tipo penal acoso sexual, lo cual vulnera un principio rector del derecho que es el principio de legalidad, debido a que se estaría cayendo en una interpretación amplia y no restrictiva como cabe en este caso, pues como bien es sabido, la delimitación conceptual (valorativa) de todo elemento normativo, no debe desentenderse del estricto apego al principio de la legalidad.

También debo referirme a que llevada a cabo la simple solicitud sin necesidad de llegar al comportamiento humillante, hostil, incluso al hecho de causarle un menoscabo en sus legítimas expectativas, ya se consuma el delito de acoso sexual, sin embargo el detonante de esto que refleja el problema del tipo es que una vez que se excluye el contacto corporal de un tipo no nos encontramos en el ámbito típico de los delitos sexuales.

Tampoco puede considerarse la situación intimidatoria, hostil o humillante que genera la solicitud absolutamente objetiva, ya que será bastante complicado para las víctimas acreditar que están precisamente en esa situación, debido a que no está tipificado de forma expresa cuándo ni cómo se lleva a cabo el acoso sexual.

El legislador cuando tipificó el delito de acoso sexual tomando como verbo rector el solicitar, no analizó que la pena era exorbitante para la conducta tipificada,

al contrario estableció una pena sin un análisis técnico-jurídico, ya que únicamente atendió a particulares circunstancias especiales de coyuntura y de alarma social, lo que al final provocó una distorsión y violación del principio de proporcionalidad de aplicabilidad de penas consagrado en la Constitución. Sin duda es injusto y desproporcional que por la mera solicitud de un favor de naturaleza sexual una persona sea privada de su libertad durante dos años. No se puede seguir permitiendo que exista en nuestro país un sistema punitivo desproporcionado e incoherente con la realidad. Cabe destacar que nuestro sistema legislativo no cuenta con una técnica o método científico para establecer una pena a un determinado delito, sin embargo los legisladores deberían analizar a profundidad lo que tipifican.

En relación a lo mencionado anteriormente el legislador quiso que este delito sea considerado un tipo de delito de mera actividad y no de resultado, por esta razón sanciona al peligro que se le pueda ocasionar al bien jurídico protegido ,libertad sexual , por consiguiente no cabe la tentativa en este delito, sin embargo recalco una vez más la violación al principio de proporcionalidad al sancionar con prisión de seis meses a dos años a la persona que “solicita ” un favor de índole sexual.

Otros de los problemas encontrados en este tipo penal trata sobre la redacción ambigua de las conductas que constituyen favores de naturaleza sexual, es decir que en la norma no se especifica claramente cuales son los tipos de comportamientos que pueden considerarse de índole sexual. Por esta razón deja a la interpretación e imaginación de las personas dichas conductas, lo cual evidentemente en materia penal ataca a la presunción de inocencia del sujeto activo, ya que todo lo que haga o diga, según como está tipificado en el delito, se entenderá que persigue como finalidad última, el desarrollo de determinada actividad sexual.

Adicionalmente otro inconveniente demostrado es que cuando una persona pide un favor no debe esperar nada a cambio, sin embargo este tipo penal es defectuoso porque el sujeto activo recibe satisfacción por el favor que solicitó, de lo contrario ataca a las legítimas expectativas del sujeto pasivo. Una vez más este delito evidencia imprecisiones en su estructura normativa.

Continuando con este epílogo , menciono que al calificar al sujeto activo del delito de acoso sexual con una calidad jerárquicamente superior en relación del sujeto pasivo, sin estimación coacciona a la víctima a que se someta sexualmente a él, abusando de la autoridad que le confiere su función. La superioridad es la ventaja que exterioriza una persona con respecto a otra, sin embargo con esta calificación del sujeto activo deja en la indefensión a las personas que sufren de forma reiterada demandas de actos sexuales, independientemente de que exista o no un vínculo jerárquico laboral, religioso, educacional entre ambos, o también quedan desprotegidas las personas que ostentan una condición de superioridad que son víctimas de sus subordinados.

Respecto a la participación delictiva del delito , queda claro que el delito de acoso sexual según como se encuentra tipificado en el Código Penal es considerado un delito especial propio, en el cual el sujeto que comete el delito es calificado como lo mencioné hace un momento, por consiguiente no se admite la autoría mediata o intelectual, ya que no habría una conexión, relación de dominio entre el autor mediato y el bien jurídico protegido, ya que este autor a pesar de conocer los hechos no ejecuta ni realiza el hecho delictivo de forma material. Sin embargo al verificar lo descrito en la norma una vez más se evidencia que el tipo penal en mención tiene problemas en sus elementos normativos, ya que se estipula que la solicitud de favores sexuales se requiere para sí o para un tercero, esto deja la puerta abierta a pensar que existiría autoría intelectual; al ver que el autor se sirve de otra persona para que realice la solicitud a su nombre.

Analizando la coautoría del acoso sexual como delito tipificado en el Código Penal debo decir que es complicado que esta figura se efectúe, en vista de que no puede evidenciar la división de funciones que se da cuando existe coautoría ni la existencia de la colaboración de dos o más personas de forma expresa o tácita en la solicitud o petición de favores de naturaleza sexual para sí mismo o para un tercero. Claramente no se puede probar la participación en la decisión delictiva en este delito ni tampoco cuales serían sus aportes al hecho para que se complete la realización total del tipo en este tipo penal, por el hecho de que su redacción no permite que pueda concurrir la figura del coautor.

Enfocándome en el estudio de las figuras de la participación delictiva del tipo penal acoso sexual, afirmo que la complicidad secundaria si cabe en este delito, es así que aquellas personas que con abuso de una relación de amistad, o de confianza cooperan en la comisión del delito recaen en la figura de complicidad.

No cabe duda que los elementos estructurales del tipo penal acoso sexual son un problema jurídico que acarrea violaciones al principio de legalidad, de proporcionalidad e incluso el de inocencia.

Es importante recalcar que el derecho penal se aplica como ultima ratio, esto significa que se debe acudir a él sólo cuando el bien jurídico no puede ser protegido desde otros ámbitos del derecho, ya sea civil, administrativos, laboral, etc, ya que la aplicación de una pena es una intromisión grave del Estado en la vida de los ciudadanos. Es esencial que los legisladores sean cautelosos en cuanto a su uso y aplicación como modo de proteger los bienes jurídicos.

Por otra parte el derecho laboral en la actualidad protege al trabajador contra los múltiples riesgos inherentes al trabajo que amenazan su vida y salud, a lo que se debe acotar la defensa que hace del trabajador contra posibles abusos debido a la situación económica inferior frente al empleador, a esto se le denomina derecho individual de trabajo.

En definitiva, el derecho del trabajo tiene por objeto amparar al trabajador mediante la intervención del Estado, reglamentando las relaciones individuales y colectivas de trabajo, en las cuales están comprendidas las de carácter administrativo y procesal.

## RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que voy a plantear son el fruto del estudio realizado, más una investigación que he llevado a cabo para tener mayor certeza de lo que voy a proponer.

- Reformar el artículo innumerado del Código Penal que trata acerca del delito de acoso sexual, específicamente lo referente al verbo nuclear del tipo y los elementos estructurales del mismo, para así evitar que se evidencie una desproporcionalidad entre la pena y el delito.
- Mantener la tipificación del delito de acoso sexual en el Código Penal siempre y cuando se lo reforme utilizando herramientas técnico -jurídicas que permitan establecer la debida proporcionalidad entre el delito de acoso sexual y la pena a aplicar.
- Al reformar el artículo innumerado estipular específicamente que conductas se consideran de naturaleza sexual.
- Al momento de proceder con la reforma pensar que el delito de acoso sexual afecta la libertad sexual de hombres y mujeres sin distinción de género.
- Incluir dentro del Código de Trabajo como causal de despido intempestivo la solicitud de proposiciones sexuales entre compañeros de trabajo, entre subalternos y superiores y viceversa con el fin de erradicar estas conductas indeseadas en los lugares de trabajo y sobre todo respetar el derecho al trabajo que tiene cada una de las personas.
- Establecer dentro de los Reglamentos Internos de instituciones privadas y públicas en concordancia con el código del Trabajo, normas expresas que sancionen el cometimiento del mismo, previendo de esta manera acciones disciplinarias contra quien lleguen a acosar a sus compañeros/as de trabajo, a sus jefes o a sus subalternos.
- En caso de que una persona haya sido vulnerada en su intimidad dentro de su trabajo por parte de su jefe departamental, este deberá acudir ante la máxima autoridad de la entidad en que desempeña sus funciones, a fin de prevenir la impunidad.

- Es necesario de manera especial que en el ámbito laboral se estipule dentro del Reglamento Interno de la empresa una declaración de principios rectores en el cual se establecerá el compromiso de erradicar cualquier manifestación de acoso sexual.
- A fin de demostrar la existencia de la solicitud de acoso sexual en el ámbito laboral, se recomienda recoger pruebas, las mismas que pueden ser documentos, notas escritos, grabaciones de conversaciones o imágenes.



## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

- AGUIRRE MONTENEGRO, Jorge, *La tentativa*, Universidad Católica de Santa Fe, Buenos Aires, 2009.
- ALBÁN, Ernesto, “*Régimen Penal Ecuatoriano*”, Ediciones Legales, Quito, 2009.
- ARÁNZAZU, Juan, *El acoso sexual en el ámbito penal*, Madrid, 2007.
- BAIGÚN, David, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Editorial Ibdef, Buenos Aires, 2007
- BEDOYA, Patricia y GARCÍA, Blanca, *Consideraciones conceptuales en torno al hostigamiento sexual*. Estudios de Género y Feminismo I. Fontamara, México, 1989.
- BOIX, Monserrath, *El acoso sexual*, Mujeres en red, Madrid, 2011.
- BRIONES VELASTEGUÍ, Marena, *El hostigamiento sexual: un delito*, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010.
- CABANELLLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Vigésima Tercera Edición, Buenos Aires, 2000.
- CARMONA SALGADO, Concepción, "Comentario" en M. Cobo del Rosa<sup>1</sup> (director) *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, I. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- CORTÉS, Pilar, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2007.
- CREUS, Carlos Y Jorge Eduardo Buompadre, *Derecho Penal, parte especial*, Astrea, séptima edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007.
- DIEZ, Luís y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Bosch, 1963.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998.
- DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002
- ECHEVERRY ENCISO, Yesid, *Voluntad y Conocimiento como Presupuestos del dolo en materia penal*, Issn, Cali, 2009
- ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo, *Coautoría y Complicidad: Diferencias*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2006.
- FARLEY, Lyn, *Sexual Shakedown: The Sexual Harassment of Women on the Job*, Nueva York, Mc Graw Hill, 1978, traducción de Ernesto Pérez.
- FIND LAW. Corte Suprema de Estados Unidos, *MERITOR Savings Bank, FSB v. Vinson ET AL. N ° 84-1979*, For legal Professionals, Enero 19 de 2011.
- FURRIOL, Teresa y ANDERSON, Ricardo P., (Responsables), *"Hostigamiento sexual"*, Portal de abogados, Buenos Aires, 2011.
- GARCÍA, Juan, *Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana*, Fondo de Cultura, Cuenca, 1999.
- GARCÍA, Manuel, *El Acoso Sexual*, Editorial UESS, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010
- HASSEL, Guillermo, *La consumación y tentativa*", Editorial Heliasta, tercera Edición, Buenos Aires.
- HUSBANDS, Ricardo, *Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual*, RIT, volumen 11, 1993.
- JAKOBS, Günther, *"Consumación Material en los delitos contra las personas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Madrid, Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASUA. *La ley y el delito*. Sexta Edición, Buenos Aires, 1973.
- LARRAURI, Elena, *El nuevo delito de acoso sexual: Una primera valoración*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- LUGO, Carmen, *Legislación internacional en materia de hostigamiento sexual y violación*. Estudios de Género y Feminismo I, Buenos Aires, 2010

- MARTÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Editorial Revista General del Derecho, Valencia, 2000
- NACIONES UNIDAS, *Hostigamiento Sexual, Organización Internacional del Trabajo*, Lima, 2011.
- NÁQUIRA R., Jaime, *El acoso sexual*, Editorial Universidad Católica, Santiago de Chile, 2009.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Trigésima Tercera Edición, Buenos Aires, Heliasta, 200
- PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS, “Documentos Internacionales y Andinos sobre Género y Derechos Humanos”, *Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Universidad Andina Simón Bolívar, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995
- QUILMES PUMAREJ, Daniel, *La responsabilidad legal del patrono por los actos de hostigamiento sexual de sus supervisores: recomendaciones basadas en el desarrollo doctrinal*, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Revista de Derecho Puertorriqueño, Volumen 42: Número 2, 2003
- REAL ACADEMINA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.
- RIQUERT, Marcel, “*Crisis Penal, Política Criminal, Globalización y Derecho Penal*”, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA, Manuel, “*Derecho Penal Español*”, Editorial Ariel, Madrid, Cuarta Edición, 2002
- RODRÍGUEZ SALACH, Alberto, *Acoso Sexual, hurtos y otras causas de despido*, Alcotán, Buenos Aires 1993.
- SALAS, Christian, *El iter criminis y los sujetos activos del delito*, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.
- SALGADO, Manuel, (Compilador), *Desagradable, no deseado y cada vez más ilegal: El acoso sexual en el lugar de trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, New York, 2011.
- SARMIENTO, Vicente, *El acoso sexual*, (Conferencia) Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2009.
- SENADO, Biblioteca del Senado, Santiago de Chile, 2011.

- SOTO LAMADRID, Miguel, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- STOLBIZER, Margarita, *El abuso sexual en la nueva Legislación Penal Argentina*, Buenos Aires, 2011.
- TENCA, Adrian, *El Delito de Acoso Sexual*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2009.
- TERRAGNI, Marco Antonio, *Dolo eventual y culpa consciente*, Rubinzal Calzoni Editores, 2009.
- VARIOS, *Guía Legal sobre el Acoso Sexual*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 2011
- VILCHEZ ROMÁN, Carlos, (Director), “Libertad Sexual”, Organización por la Defensa de la Libertad Sexual (Ordalise), Valencia, 2011.
- WISE, Sue y STANLEY, Liz, *El Acoso Sexual en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992.
- ZAMBRANO, Juan Esteban, “*El iter cimini*”, Editorial Universidad Católica, Santiago de Chile, 2009.

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.
- CÓDIGO PENAL, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.
- LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL QUE TIPIFICA LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD, Registro Oficial No. 45, jueves 23 de junio de 2005.

## **PÁGINAS ELECTRÓNICAS**

- [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)
- <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

- <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/vol42/La%20responsabilidad%20legal%20de%20patrono.htm>
- [www.ordelise.org](http://www.ordelise.org)